



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 772 628

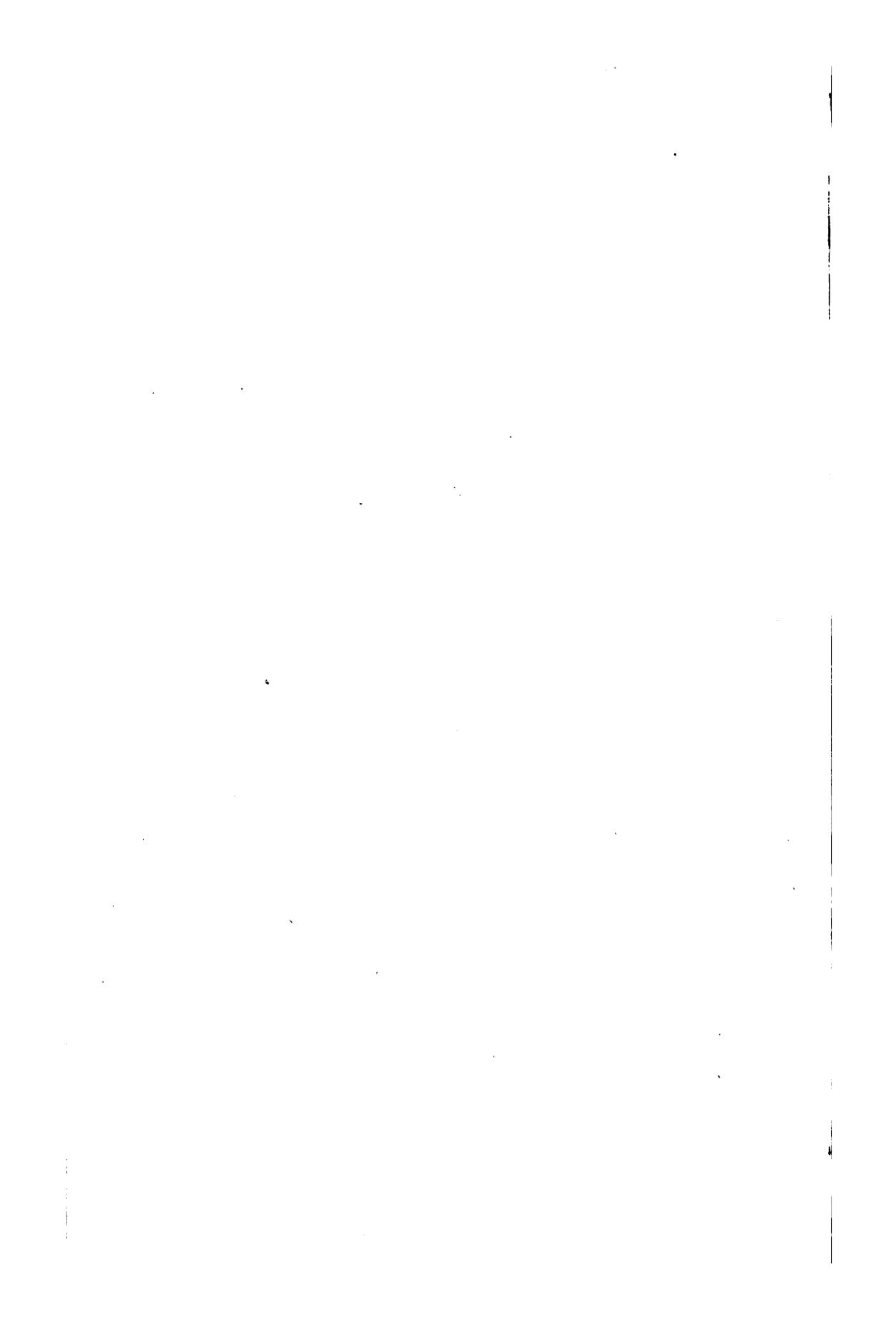
Bd. Nov 1928

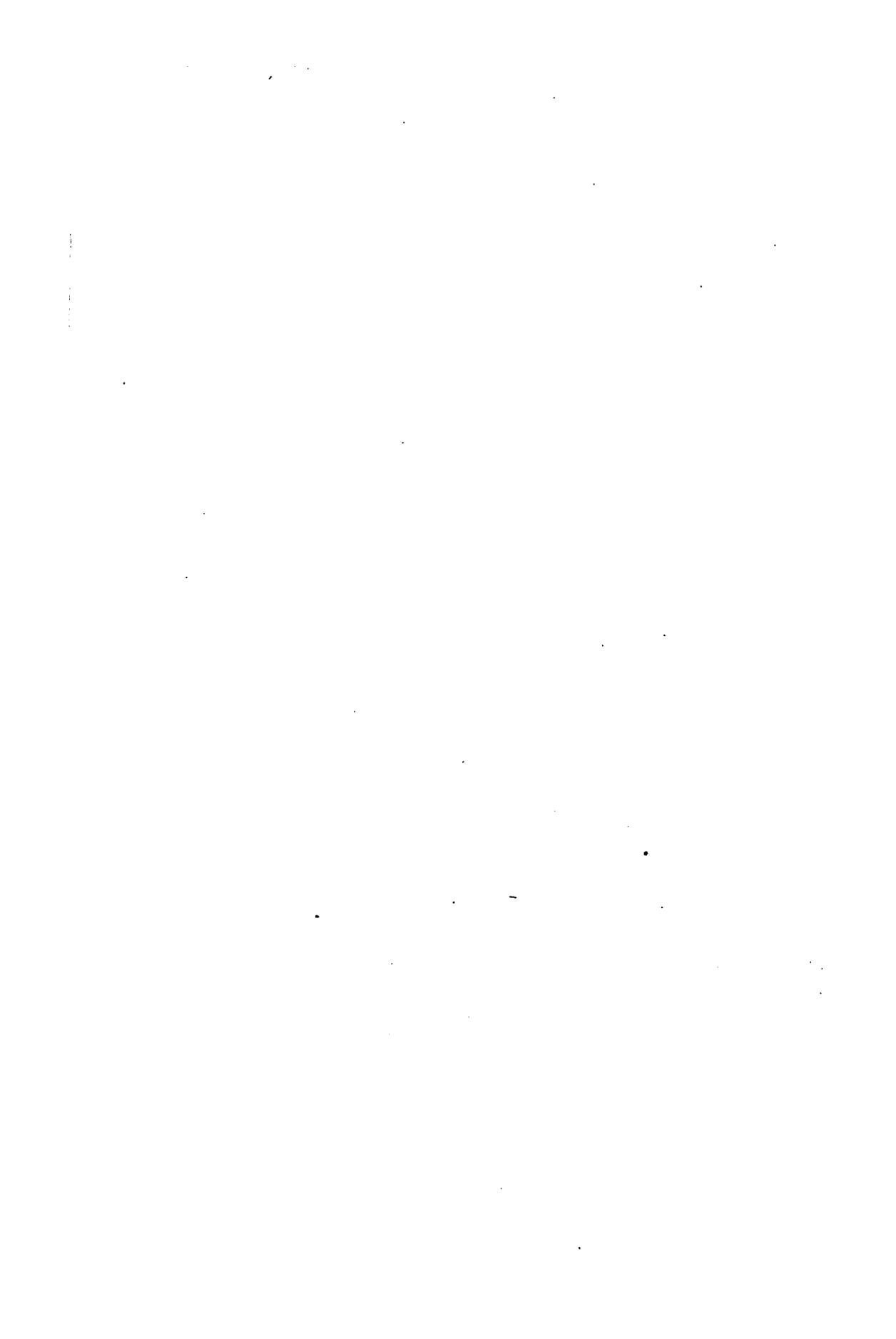


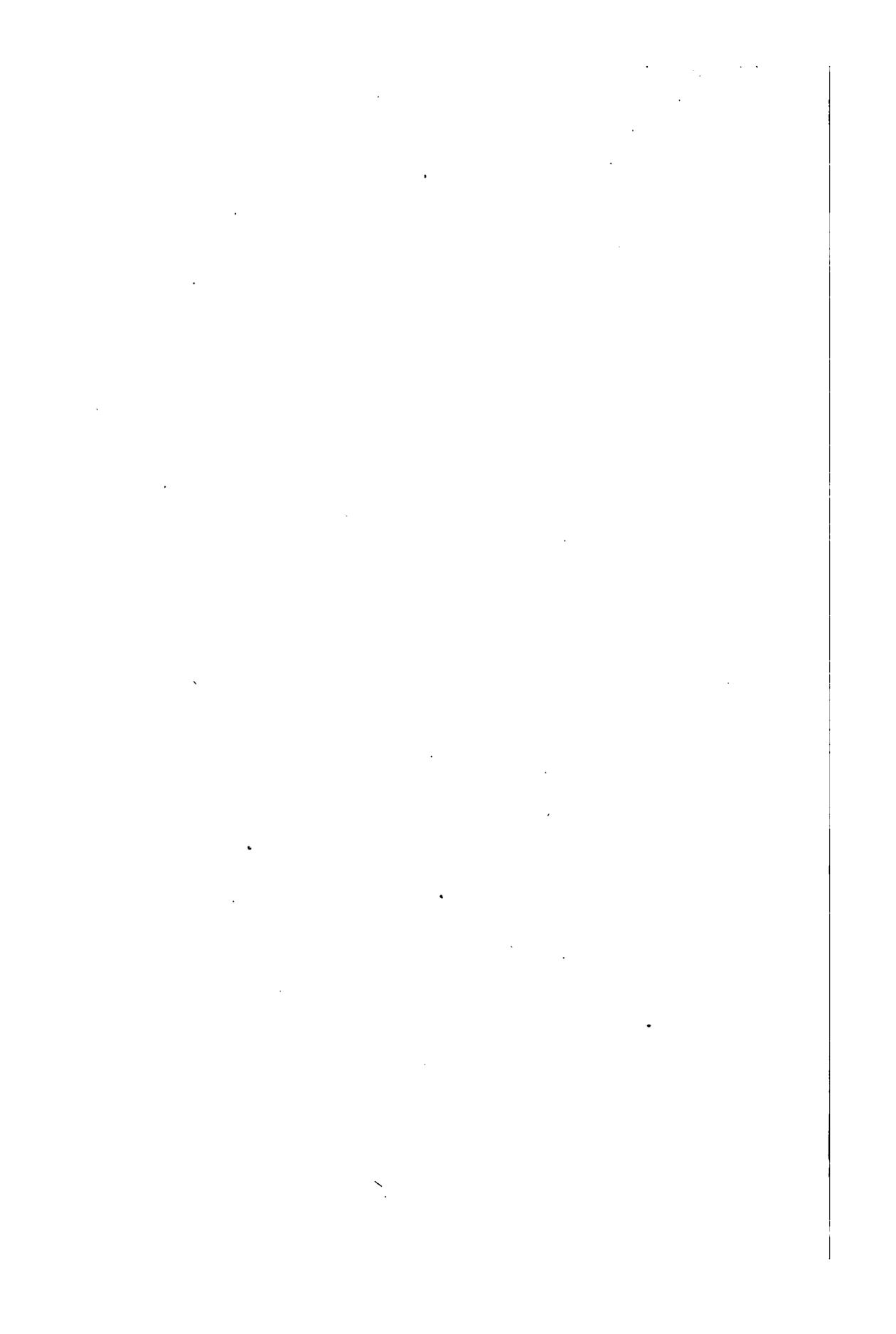
HARVARD LAW LIBRARY

Received **MAY 4 1928**

1954







STUDI

DI

STORIA DEL DIRITTO ROMANO

SECONDO I RISULTATI DELLA FILOSOFIA SCIENTIFICA

PER L'AVVOCATO

FERDINANDO PUGLIA

PROF. DI DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI MESSINA

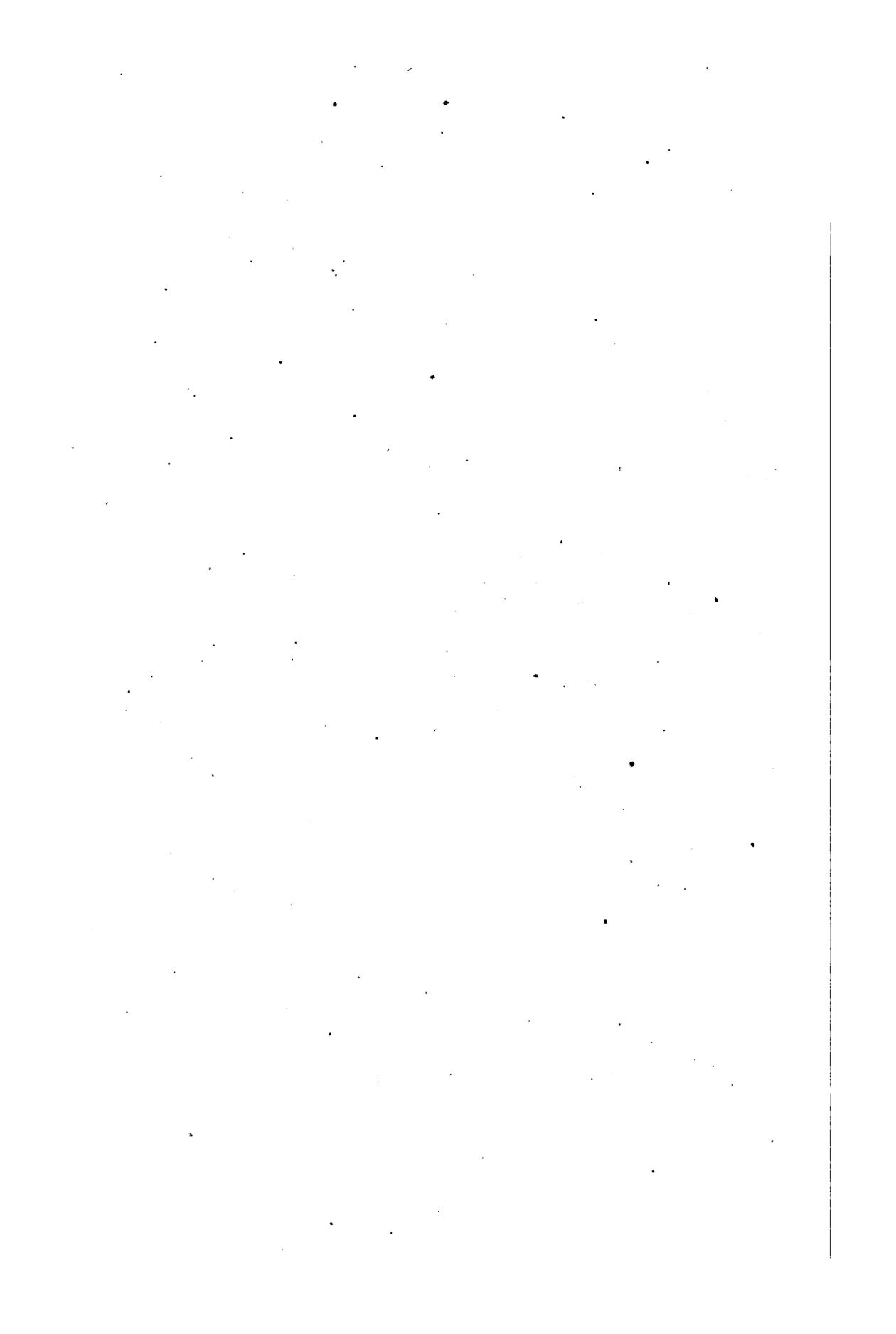
Incaricato dello insegnamento della storia
del diritto romano

MESSINA

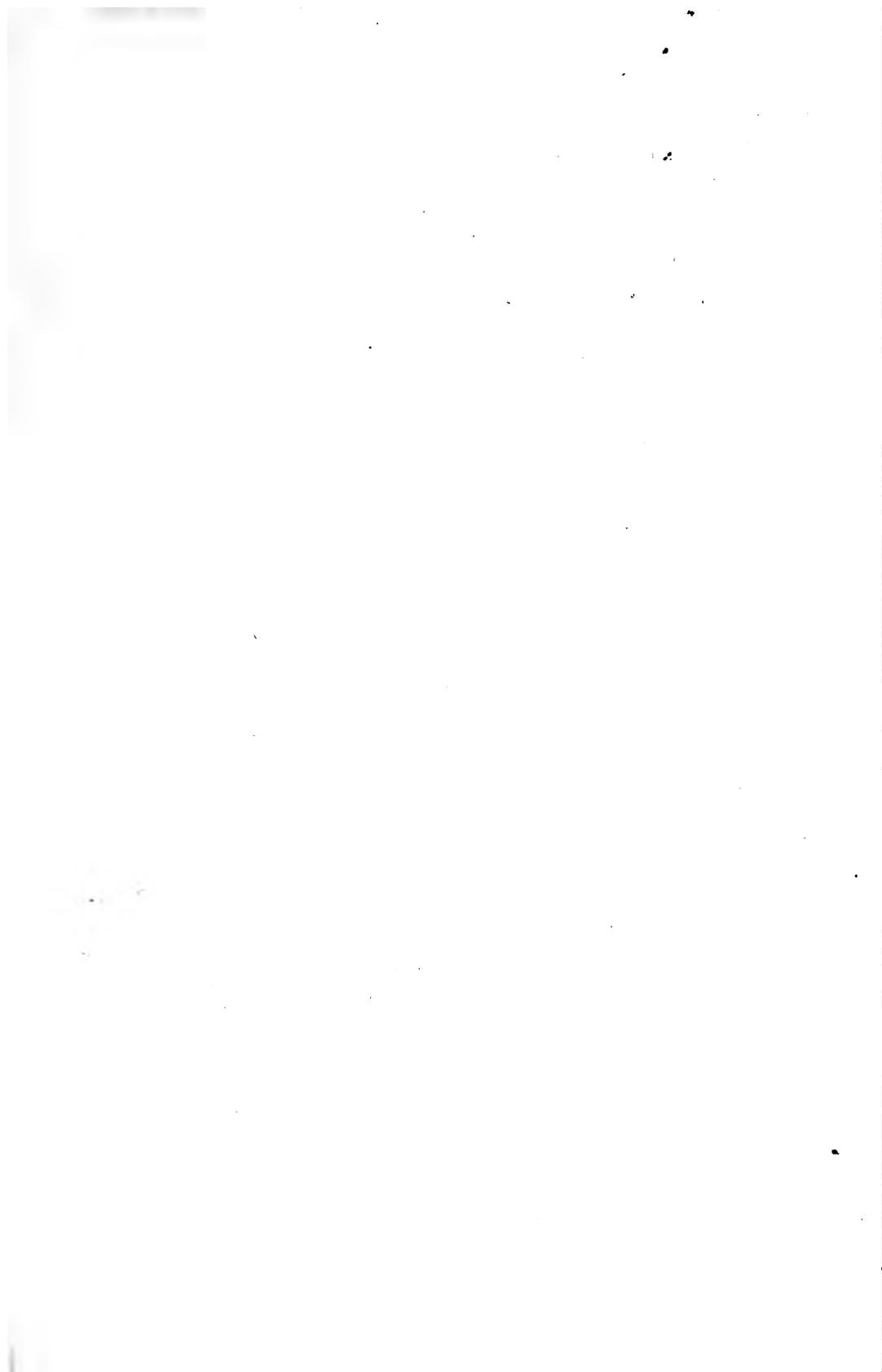
CARMELO DE STEFANO

EDITORE

—
1886.







STUDI DI STORIA DI DIRITTO ROMANO

X

4

C

STUDI

DI

STORIA DEL DIRITTO ROMANO

SECONDO I RISULTATI DELLA FILOSOFIA SCIENTIFICA

PER L'AVVOCATO

FERDINANDO PUGLIA

PROF. DI DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI MESSINA

Incaricato dello insegnamento della storia
del diritto romano

MESSINA

TIPI DELL' AVVENIRE

—
1886.

L

R

MAY - 4 1928

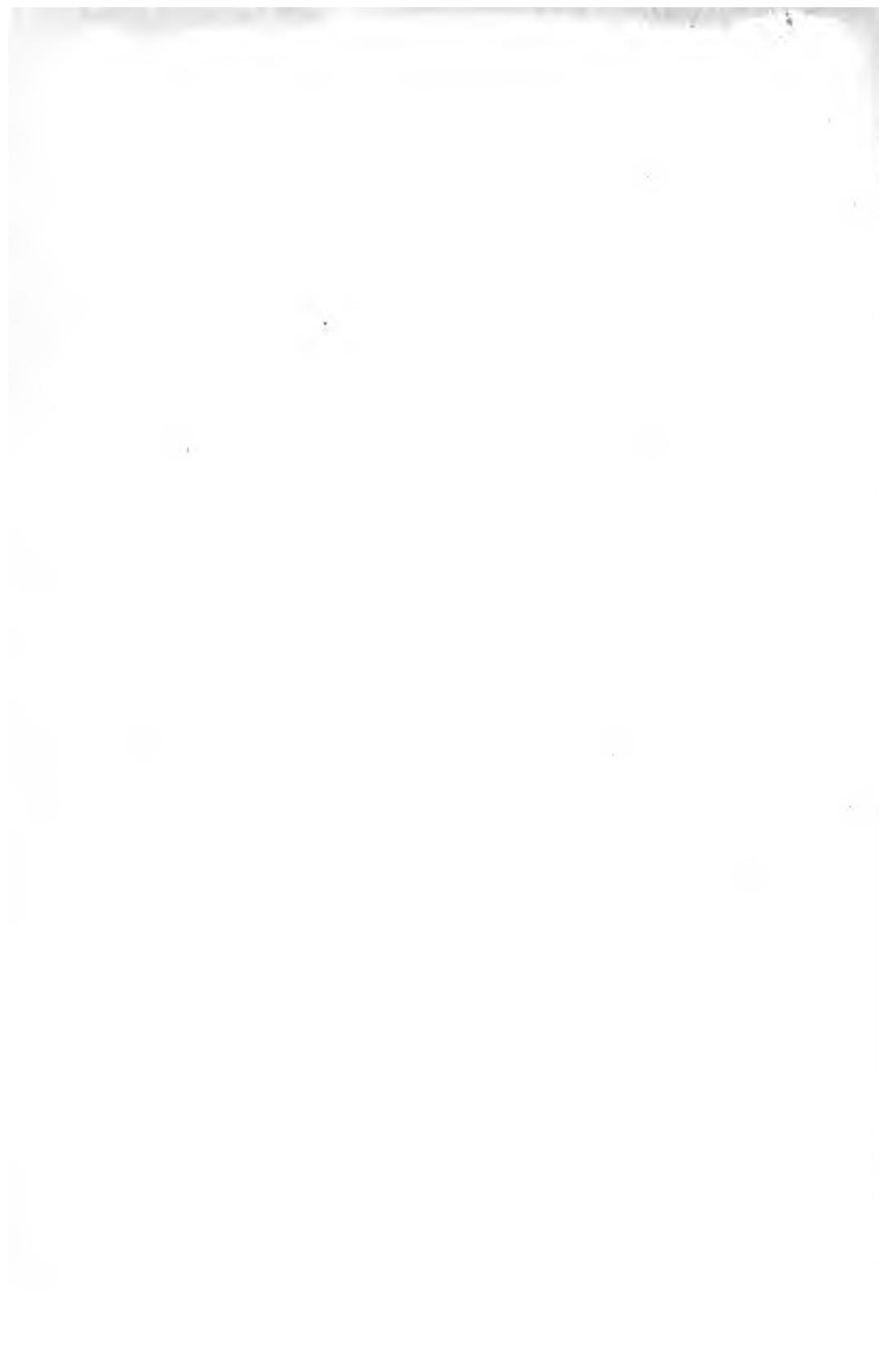
5-4-28

00

DEDICA

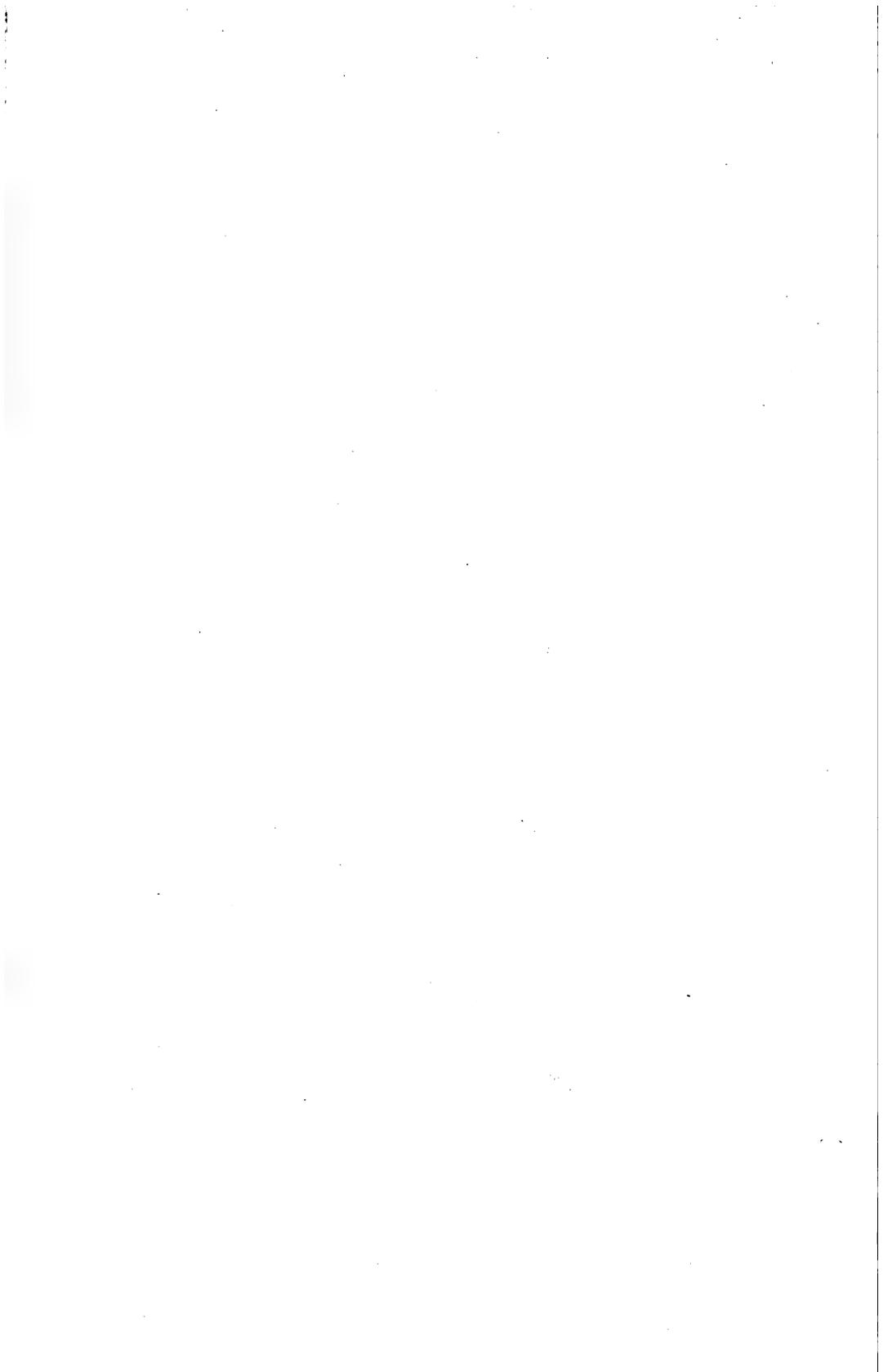
*Il presente volume è dedicato ai tre Chiarissimi Professori
Avv. Giuseppe Oliva (Rettore della R. Università di Messina),
Avv. Giacomo Macrì (Preside della facoltà giuridica della detta
Università), Prof. Pietro Interdonato, tutti componenti la FACOLTÀ
GIURIDICA, in segno di riconoscenza per l'onore conferito al
sottoscritto dello incarico dell'insegnamento della STORIA DEL
DIRITTO ROMANO.*

L' AUTORE



PREFAZIONE

Questi *Studi di storia del diritto romano* debbono ritenersi come saggi di un lavoro preparatorio per compilare una *storia del diritto romano* sulla base dei risultati del *moderno naturalismo scientifico*. Dopo tale dichiarazione siamo sicuri che non ci si muoverà rimprovero per avere trattato brevemente alcuni argomenti importanti di quella scienza, e per non aver mantenuto un ordine rigoroso nella esposizione di essi. Non abbiamo fatto abuso di erudizione o di citazioni di scrittori, oramai troppo di moda; abbiamo però la coscienza di aver consultato tutti quei lavori di antichi e moderni autori, che aveano relazione colla materia da noi trattata.



I.

Lo studio della storia del diritto romano

SOMMARIO — Determinazione del vero concetto della storia del diritto romano — Importanza di essa — Rapporti che essa ha con altre scienze — Periodi della storia del diritto romano.

Molte sono le opere intorno alla storia del diritto romano, ma poche, e fra le più recenti, sono quelle che in qualche modo ci danno una idea della evoluzione di quel diritto, poichè la maggior parte degli scrittori non ci han dato che una semplice esposizione delle vicende varie subite dal diritto romano, senza tener conto delle condizioni sociali, morali ed economiche, che hanno influito a determinare le varie fasi evolutive delle leggi giuridiche presso quel popolo. Nè potevano essi, a dire il vero, darci una storia scientifica del diritto romano, perchè non aveano un concetto esatto del diritto e delle relazioni intime che esso ha con tutte le altre manifestazioni della vita sociale. Il diritto concepivasi da loro come una norma assoluta, eterna ed immutabile, che dalla ragione umana viene esplicata nei suoi elementi essenziali ed applicata variamente ai casi della vita mediante un metodo deduttivo-ideale. Nessuna relazione, in conseguenza, scorgevano essi fra le condizioni varie della vita sociale e lo sviluppo delle norme giuridiche; e la storia del diritto romano era da loro ridotta, come già si è detto, ad una semplice esposizione delle vicende subite dalla legislazione romana.

Un innovamento nel modo di concepire il diritto fu portato dalla scuola storica, poichè essa ritenne essere il diritto un prodotto della coscienza di un popolo in armonia

con tutti gli altri fattori della civiltà di esso, e sostenne che il diritto è soggetto ad una legge di trasformazione ed è quindi variabile secondo i tempi ed i luoghi e secondo l'influenza diversa che esercitano su di esso gli elementi vari della civiltà di un popolo. Era il primo tentativo con grande energia sostenuto da illustri pensatori, cui ripugnava l'idealismo giuridico dei filosofi metafisici. Ed il diritto romano presentavasi loro come la materia di studio più adatta a dimostrare la relatività delle idee giuridiche ed a gettar le basi fondamentali della dottrina da loro sostenuta. E nondimeno essi non ci diedero una storia del diritto romano veramente scientifica, perchè non solo non seppero ricercare le vere origini del diritto, ma anco non giunsero a determinare l'intimo rapporto intercedente fra la vita del diritto e le altre manifestazioni della coscienza popolare, che si svolge sotto l'influenza di cause varie, non tutte sempre facilmente determinabili (1).

Per potersi scrivere una vera storia del diritto romano bisognava che un rinnovamento si fosse avverato nel metodo filosofico, cioè bisognava che al metodo deduttivo *puro o aprioristico* fosse sostituito il metodo induttivo o *sperimentale* e di *osservazione*, e che questo fosse applicato allo studio dei fenomeni detti *morali* e *sociali*, rite-

(1) Vedi sulla importanza della scuola storica in ordine alla concezione del diritto ed alla filosofia scientifica moderna il pregevole lavoro del Prof. BRUGI del titolo — *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea* — nel quale si lamenta che gli storici della filosofia non abbiano riconosciuto doversi a quella scuola assegnare un posto nel moto di rinnovazione intellettuale, che preparò la formazione della filosofia contemporanea. Vedi anco il bel lavoro del Prof. ICILIO VANNI dal titolo — *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva* (*Riv. di filosofia scientifica*, 1885).

nuti ribelli a quel metodo. Or bene, questo innovamento nel metodo scientifico ebbe completa attuazione ai nostri giorni, e perciò oggi noi abbiamo alcuni saggi di studi *storici* nel vero senso della parola, ma non abbiamo ancora una completa storia scientifica del diritto romano (1). È necessità fermare per breve tempo la nostra attenzione sul rinnovamento scientifico moderno per stabilire il vero concetto della storia del diritto romano.

Osserviamo dapprima, che finchè prevalse nelle scienze dette *morali e sociali* il metodo *aprioristico* non si tenne conto delle condizioni reali della vita degli individui e delle nazioni, dei fatti relativi alla vita fisica nelle sue attinenze colla vita psichica e colle leggi generali biologiche, e delle relazioni fra l'attività umana e l'ambiente esterno; e le dottrine sostenute non erano poggiate che sopra mere ipotesi ed in urto spesso alla realtà. Coll' applicazione però del metodo sperimentale o induttivo allo studio di quelle scienze si è resa evidente la erroneità di non poche dottrine metafisiche e possibile la scoperta delle leggi naturali, che governano lo svolgimento della vita degli individui e dei popoli. Il Gabba, uno dei più illustri pensatori contemporanei non sospetti di materialismo, parlando della *sociologia*, che è una scienza di recente formazione, venuta fuori coll' applicazione del metodo induttivo allo studio dei

(1) Vedi COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*; SCHUPFER, *La famiglia nella storia del diritto romano*; BRUGI, *I fasti aurei del diritto romano*; Zocco-ROSA, *L'età preistorica ed il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma*; VOIGT, *Die XII tafeln*, 1885 ecc. ecc.

Fra i compendi di storia del diritto romano ricordiamo, PADELLETTI, *Storia del diritto romano*; RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, 1872; ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine* ecc. ecc.

fenomeni della vita sociale, ha osservato: in quanto la *sociologia* ha fatto presente ad ogni non superficiale intelletto, che la vita isolata dell'individuo è finzione ripugnante alla realtà; che la libertà individuale non è, se non in pochi ed in pochissima parte, vera autonomia; che sopra ed intorno all'individuo vi hanno, come si suol dire, influenze determinanti in ogni senso la sua interiore ed esteriore attività, che in grandissima parte lo fanno essere ciò che è, senza che egli valga nè pensi ad opporvisi figlio del tempo, della nazione, della classe, a cui appartiene; in quanto, soggiunge egli, la moderna sociologia ha divulgato cotesti insegnamenti, ha procacciato un notevole e salutarissimo avanzamento dell'umano pensiero (1). Or bene, in questi insegnamenti sono racchiusi alcuni concetti fondamentali, che hanno potentemente contribuito a trasformare le scienze *morali* e *sociali*. Ed invero, per l'applicazione del metodo sperimentale o induttivo allo studio dei fenomeni morali e sociali si fu costretti a riconoscere, che i vari ordini di fenomeni della natura sono in intima relazione fra loro, e che la conoscenza degli uni si rende impossibile senza la conoscenza degli altri. Si è dovuto riconoscere, che i fenomeni morali e sociali sono la più elevata manifestazione degli altri fenomeni naturali, perocchè i fenomeni *sociali* hanno per antecedenti necessari di loro produzione fenomeni *psichici* svolgentisi sotto la influenza di cause *organiche* e *fisiche*; che i fenomeni psichici hanno per antecedenti necessari fenomeni *fisiologici*, e che tutti non siano altro che manifestazioni ele-

(1) GABBA, *Conferenze intorno ai principali problemi della scienza sociale.*

vate di fenomeni *biologici* (1). Da qui la necessità della conoscenza di parecchie scienze per porre le basi solide di una scienza qualsiasi. Or, siccome i fenomeni *giuridici* sono una grande categoria dei fenomeni sociali e propriamente son quelli che rendono possibile l'ordine ed il miglioramento sociale, così per potere rettamente giudicare di essi e trovare le leggi speciali che li governano, bisogna invocare il soccorso di molte altre scienze, cioè della *psicologia*, della *sociologia*, dell'*etnografia*, ecc., ed avvalersi dei risultati più importanti della filosofia scientifica.

E quì è facile vedere, che una storia del diritto romano veramente scientifica è solo possibile ai giorni nostri, perchè oggi si è determinato il vero concetto del diritto.

Il diritto è un prodotto della coscienza di un popolo, come ben dicevano i fondatori della scuola storica, ma il diritto assume forme varie di manifestazione per il concorso di molte altre cause, che influiscono sulla coscienza di un popolo. Or, la scuola storica trascurò di volgere l'attenzione allo studio di queste cause, le quali, come altrove abbiamo dimostrato, si possono ridurre a tre grandi categorie, cioè cause *fisiche*, *sociali* ed *antropologiche* (2). Osserva egregiamente sul proposito il Prof. Icilio Vanni, che la scuola storica coll'aver riconosciuto la coscienza popolare, quale officina in cui il diritto si elabora, avea con ciò stabilito un concetto largo e fecondo, col quale si affermava chiaramente il momento psicologico della vita sociale, ma avea trascurato di dare la spiegazione di quel concetto. La risultante, soggiunge egli, dovea scindersi

(1) Vedi principalmente i pregevoli lavori del SERGI, *Origine dei fenomeni psichici*, dello SCHIATARELLA, *I presupposti del diritto scientifico*.

(2) Vedi i nostri *Saggi di filosofia giuridica*, Napoli, Anfossi 1885.

analiticamente nelle sue componenti, ricercando ad una ad una le cause complesse, che imprimono alla coscienza giuridica di un popolo una direzione piuttostochè un'altra, valutandone la relativa influenza e le mutue combinazioni (1). Ed appunto questo lavoro analitico si cerca oggi fare, il quale efficacemente gioverà non solo per lo studio scientifico della filosofia del diritto, ma anco per lo studio della storia del diritto.

Non a torto l'illustre Padelletti deplorava, che nello scrivere la storia del diritto romano si fosse trasandato lo studio delle condizioni economiche, morali e sociali del popolo romano, e quindi insegnava doversi tenere in considerazione queste condizioni per dare un'idea esatta della evoluzione del diritto di quel popolo. Ed egli il primo ne dava l'esempio, col dividere la storia del diritto romano in tre periodi contrassegnati dalle mutazioni radicali avvenutesi nella vita sociale, morale, ed economica del popolo romano (2). Eppure egli non vide un lato importante delle ricerche da doversi istituire per renderci ragione della evoluzione giuridica, non diede cioè importanza alle ricerche psicogenetiche, colle quali è dato rintracciare le origini della coscienza *etica*, sorgente dei sentimenti e delle idee giuridiche. E queste ricerche, che con molta alacrità si fanno oggi, getteranno molta luce su parecchi problemi ancora oscuri della storia del diritto (3).

Determinati i caratteri fondamentali del movimento scientifico moderno e la importanza che questo ha per lo

(1) ICILIO VANNI, op. cit.

(2) PADELLETTI, op. cit.

(3) Consulta sul proposito l'importantissimo lavoro sopra citato del Prof. SCHIATTARELLA, e l'altro anco importante del CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Torino, 1883.

studio della storia del diritto in generale e del diritto romano in particolare, è uopo vedere quale debba essere il contenuto scientifico della storia del diritto romano ai giorni nostri. E senza perderci in digressioni diciamo, che la storia del diritto romano ha per oggetto lo studio delle vicende subite dalle idee, dai sentimenti, e dalle leggi giuridiche del popolo romano colla ricerca delle cause varie che hanno potuto influire a determinarle. I dati generali della formazione storica, come è facile vedere da quanto abbiamo detto, debbono esserci forniti dalla psicologia, dalla sociologia, dalla linguistica, dallo studio delle antichità romane, ecc. ecc. Organizzando insieme i dati di queste scienze ed osservando attentamente le vicende della vita civile e giuridica del popolo romano si può giungere a scrivere in modo scientifico la storia del diritto di questo popolo.

Ma quale sarà la importanza di questo studio? Gli scrittori di storia del diritto romano hanno addotto ragioni varie per dimostrarla. Alcuni hanno detto, che tale studio efficacemente giova a farci conoscere completamente la storia civile del popolo romano, perchè la storia del diritto è parte della storia della civiltà di un popolo. Altri hanno sostenuto, che senza la storia del diritto romano è impossibile conoscere perfettamente il diritto di questo popolo, che è interamente compenetrato con quella. Scrive fra gli altri il Padelletti, che senza la conoscenza della storia del diritto romano lo studioso del diritto di quel popolo risica di confondere ad ogni passo il permanente coll' accidentale, il prodotto della riflessione scientifica col prodotto di condizioni storiche passeggere, la generale creazione dell' opera più produttiva ed originale coi rattoppi legislativi di un' epoca di decadenza. Sono tutte queste buone ragioni per dimostrare la importanza di

quello studio, ma non sono le sole e le più importanti: vi sono altre, che or brevemente accenniamo.

Osserviamo dapprima, che la storia di una data disciplina o è parte integrante di essa o è parte secondaria: è parte secondaria, quando tale disciplina è già formata, poichè serve a tenere lo scienziato all'altezza della scienza che coltiva e a fargli conoscere gli errori, in cui sono incorsi coloro che lo precedettero: è parte principale ed integrante, quando si tratta di una scienza in formazione, poichè serve come elemento formatore di essa (1). Or la scienza del diritto, a nostro avviso, non è una scienza bella e formata, poichè non è stato risolto scientificamente il problema psicogenetico delle idee e dei sentimenti giuridici, e quindi la storia del diritto per questa scienza è parte principale ed integrante, e per ciò stesso importantissima. E questo che noi diciamo per la storia del diritto in generale con più ragione deve dirsi della storia del diritto romano, perchè, come ben dice il Cogliolo, la provincia più grande per l'osservatore è quella del diritto romano, che visse vivacemente per più di mille e duecento anni e che fa parte della nostra tradizione, ed inoltre tanto per lo sviluppo sociale dei romani, quanto nei limiti ristretti nei quali tennero la religione e la morale, e per il loro istintivo desiderio di tutelare qualunque rapporto benchè minimo e di non transigere neppur su le più piccole pretese, il diritto romano privato acquistò sì grande copia di elementi e di norme, che la sostanza giuridica abbracciatavi è meravigliosamente grande (2).

Dunque la storia del diritto romano oltre di essere importante, perchè giova a farci conoscere completamente

(1) Vedi su ciò Siciliani, *La nuova biologia*.

(2) Vedi op. cit.

la storia della civiltà del popolo romano e intimamente la vita giuridica di esso, è importantissima per la costituzione teoretica della scienza del diritto. E qui è utile ricordare ciò che altrove abbiamo accennato, che cioè la storia del diritto romano ci offre la prova più brillante della legge di evoluzione, che governa tutti i fenomeni della natura, perchè il diritto romano si è svolto lentamente *usu exigente et humanis necessitatibus* e sotto la influenza di determinate cause (1).

La storia del diritto romano è importante anche per la chiara conoscenza del nostro diritto, perchè il diritto romano fa parte della nostra tradizione giuridica, ed il nostro diritto a quello si rannoda e da esso riceve illustrazione.

Per queste considerazioni è facile vedere, che la storia del diritto romano si presenta come il complemento scientifico degli studi giuridici. E tale fu considerata dal Ministro Coppino, che ne fece oggetto di un insegnamento speciale, separandola dal corso di *Istituzioni di diritto romano*.

Nè ciò è ancor tutto. La storia del diritto romano ha grande importanza per la scienza sociale. Chi volge infatti lo sguardo alle opere recentemente pubblicate da illustri pensatori intorno al diritto ed alle istituzioni sociali primitive si accorgerà di quanta utilità sia lo studio della storia del diritto romano per la ricerca dei non pochi dati scientifici abbastanza solidi per la costituzione teoretica della sociologia. E soprattutto utilissimo per le ricerche sociologiche è il diritto arcaico: onde bene osservava in generale l'illustre Cogliolo, che una fonte più sicura per

(1) Vedi BRUGI, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giuriconsulti romani*.

gli studi sociologici è la scienza archeologica ed in ispecie il diritto arcaico, il quale ha portato per questo riguardo ottimi risultamenti, e che i concetti su la primitiva forma della proprietà e della famiglia, i quali negli scrittori dei secoli passati sono nuvolosamente fantastici, oggi sono completi e precisi, e son serviti, come fu fatto dal Maine, dal Laveley e da altri, a ricostruire per grande parte l'antica società.

E quì è opportuno ricordare, che il chiarissimo professore Brugi con particolare lavoro ha cercato dimostrare che la scuola *storica*, la quale studiò profondamente il diritto romano, contribuì coi suoi lavori a stabilire alcune idee rilevanti per la scienza sociale e per la filosofia positiva. Egli ha ragione, perchè essa diede un colpo potente per abbattere l'idealismo allor prevalente nelle scienze morali e sociali, fra le quali è da annoverarsi il diritto. Richiamando quì le gravi considerazioni presentate da quel dotto Professore, intendiamo rafforzare sempre meglio la nostra idea, che cioè lo studio della storia del diritto romano ha anco una grande importanza per la *sociologia*.

Da qualunque lato adunque voglia considerarsi lo studio della storia del diritto romano si rileva la sua grande importanza, non solo per la scienza del diritto, ma anco per la scienza sociale e per la filosofia scientifica.

Da tutto l'anzidetto segue, che per lo svolgimento completo della storia del diritto romano si richiede il concorso dei risultati di molte altre scienze, che col diritto hanno una relazione più o meno intima. È utile accennare colla maggior brevità possibile quali siano tali scienze, per rendere sempre più chiaro il concetto, che ai giorni nostri dobbiamo formarci della storia del diritto romano.

Essendo i fenomeni giuridici una categoria particolare

dei fenomeni sociali, è facile il comprendere, che senza il soccorso della *sociologia* è impossibile determinare le vere origini del diritto e investigare le leggi che governano il suo sviluppo. La *sociologia* è la scienza che studia i fenomeni della vita sociale e ricerca le leggi della loro evoluzione, onde essa deve darci le norme secondo le quali si può riuscire a sorprendere il diritto romano nelle sue origini e ad osservare le fasi varie della sua evoluzione. E la ricerca delle origini del diritto romano o meglio dei vari istituti giuridici del popolo romano è importantissima per renderci ragione delle mutazioni da essi subite nei tempi storici; senza di essa quegli istituti ci apparirebbero come sospesi in aria, come appunto appariscono nella maggior parte delle opere di storia del diritto romano, e ci resterebbero ignote le cause che hanno influito a determinare la loro manifestazione.

E perchè la ricerca sociologica negli studi di storia del diritto romano possa dare utili risultati fa bisogno di un studio psicogenetico, come già abbiamo osservato, delle idee e dei sentimenti giuridici. La *psicologia* sarà perciò un'altra scienza che dovrà dare il suo contributo di dati scientifici per la costituzione teoretica di una vera storia del diritto romano. È oramai noto, che i dati della psicologia sono necessari per spiegarci le formazioni storiche, e non fa d'uopo quindi di una lunga dimostrazione per convincersi, che quei dati sono anche importanti per la spiegazione delle formazioni storiche del diritto romano. Osservando le leggi che presiedono allo svolgimento della vita psichica, troveremo le leggi che governano lo svolgimento della vita del diritto.

Ed anco la *biologia* è una scienza che ha relazione, sebbene alquanto più lontana di quelle accennate, colla storia del diritto romano, perchè senza una conoscenza

scientifica dei fenomeni biologici e delle leggi che governano il loro svolgimento non si potrà avere una conoscenza esatta dei fenomeni psicologici e sociologici, e quindi dei fenomeni *giuridici*. Essa esercita una influenza indiretta sugli studi di storia del diritto, ma efficace sempre, anco per lo studio della storia del diritto romano, perchè col soccorso di essa, della psicologia e della sociologia i fenomeni giuridici vengono posti in armonica relazione con tutti gli altri fenomeni della vita sociale del popolo romano, e da essa illustrati.

E delle conoscenze *etnografiche* bisogna giovarsi ancora per svolgere scientificamente la storia del diritto romano. L'*etnografia* infatti è la scienza che si occupa dei costumi della religione, dei caratteri fisici, ecc. ecc. dei vari popoli: essa mostra, che le diverse manifestazioni della vita sociale hanno rapporto colla diversità di razza o di stirpe. E noi non potremo spiegarci, perchè il popolo romano abbia avuto un profondo sentimento giuridico ed una missione eminentemente giuridica, senza conoscere il carattere delle genti che concorsero a formare quel popolo, senza studiare i loro usi, i loro costumi, le loro idee, il loro modo di sentire, ecc. Il carattere di Roma senza il soccorso dei dati etnografici non può essere determinato nei suoi veri tratti fondamentali, nè si possono trovare le cause che hanno contribuito a dare ad esso origine. Onde noi crediamo, che per formarci un'idea esatta del diritto romano e del suo svolgimento in quelle forme complesse che tutti conosciamo, bisogna studiare il carattere dei popoli italici negli usi, nelle consuetudini, nelle forme religiose, di cui possiamo aver notizia: il che implica, come si scorge, uno studio etnografico. Ed anco l'*etnologia* dovrà dare il suo contributo di conoscenze per gettare le basi di una storia scientifica del diritto romano, perocchè

essa tratta dell'origine dei popoli, della loro parentela, ecc. e quindi essa potrà offrire dei dati importanti per le origini del popolo romano, le quali è necessità conoscere per trovare le vere origini del diritto romano.

La *filologia* è altra scienza utilissima per lo studio della storia del diritto romano e soprattutto per lo studio del diritto arcaico. Il Vico avea meglio che altri dimostrato la necessità dello studio del linguaggio per la retta interpretazione delle idee giuridiche. Dicea egli, che la parola è la manifestazione viva delle leggi e le leggi sono la parola e la vita dei popoli; che la scienza delle lingue, con le quali parlano le religioni e le leggi, è quella che le conserva. Ed infatti per giungere a costruire nel miglior modo possibile il diritto arcaico romano, bisogna avvalersi della filologia; perocchè in alcuni vocaboli o meglio in alcune radici verbali troviamo i segni sensibili di alcune idee giuridiche dei tempi anteriori alla storia.

Notiamo ancora, che essendo i fenomeni giuridici una categoria particolare di fenomeni sociali e la conoscenza di questi ultimi indispensabile per la esatta conoscenza dei primi, la *storia civile* del popolo romano deve ritenersi, sopra ogni altra scienza, sommamente necessaria per la storia del diritto di quel popolo. Lo svolgimento delle idee giuridiche determina indubbiamente un mutamento nelle condizioni sociali e politiche d'un popolo ed alla loro volta queste ultime influiscono a modificare le prime; onde è evidente, che per ambedue le ragioni la conoscenza della storia civile del popolo romano è condizione necessaria per ben comprendere lo svolgimento del suo diritto. Il che deve essere senza difficoltà ammesso specialmente da coloro, che ritengono che i mutamenti politici influiscano sulla vita giuridica di un popolo.

Per non andare alle lunghe nella esposizione delle

scienze, che possono essere utili allo studio della storia del diritto romano, diciamo che oltre dell' aiuto delle scienze sopra cennate per la storia di quel diritto fa di uopo anco dell' aiuto di altre scienze, come, ad esempio, della *geologia*, perchè le condizioni telluriche hanno influenza sullo svolgimento della vita di un popolo; dell'*archeologia*, perchè nei monumenti dell' antichità troviamo spesso le vestigia delle istituzioni sociali e delle leggi del popolo romano, e giovandoci di essi possiamo risolvere non pochi problemi concernenti la storia del diritto romano; e ciò è tanto vero, per quanto gli antichi cultori del diritto romano riducevano la storia di questo diritto ad una mera storia delle antichità romane; della *mitologia*, perchè la religione nelle origini di un popolo informa tutte le manifestazioni della vita di esso, e se col tempo subisce delle limitazioni esercita nondimeno sempre un' influenza sulla maggior parte degli ordinamenti sociali e sul diritto; ed in Roma noi dobbiamo constatare l' influenza dell' elemento religioso sulla vita giuridica di quel popolo: della *filosofia*, perocchè, come altrove abbiamo dimostrato, i sistemi filosofici sono da considerarsi come altri fattori che modificano le manifestazioni varie della vita sociale, fra le quali è il diritto, ed anco nella storia del diritto romano occorre di esaminare quale sia stata la influenza dei sistemi filosofici sullo svolgimento del diritto; della *legislazione comparata*, perchè dal confronto dei rapporti degli istituti giuridici e delle leggi del popolo romano con quelli di altri popoli che lo precedettero o furono contemporanei ed anche dei posteriori si ricavano utili conoscenze per determinare non solo scientificamente le cause che han dato origine ad alcuni istituti giuridici e ad alcune leggi, ma anco per dimostrare che il diritto romano nelle sue fasi evolutive non si sottrae del tutto all' impero di alcune

leggi generali, che governarono lo svolgimento del diritto presso altri popoli.

Ecco brevemente accennate le scienze, i dati fondamentali delle quali possono giovarci spesso per comprendere la storia del diritto romano. E da quanto si è detto è facile ancor vedere, quanto difficile sia lo studio di essa e quanto grande la importanza.

Ma giunti a questo punto un quesito di una certa gravità ci si presenta e che dobbiamo risolvere, poichè la risoluzione di esso rafferma sempre meglio il concetto che dobbiamo formarci della storia del diritto romano. Il quesito è il seguente: la storia del diritto romano deve essere divisa in periodi? e nell'affermativa: in quanti e quali periodi deve essere divisa?

Gli scrittori non sono concordi nella risoluzione del detto quesito, poichè alcuni non credono esatto ammettere una distinzione di periodi, altri che lo credono sono discordi nello stabilire il numero e il carattere distintivo di quei periodi. Incominciamo ad esaminare la opinione di coloro, che ritengono utile la distinzione in periodi.

La somiglianza da alcuni osservata fra la vita dei popoli, e specialmente dei popoli antichi, e la vita degli individui, e la reale distinzione di diverse fasi evolutive nelle manifestazioni varie della vita sociale di un popolo, hanno indotto alcuni scrittori a distinguere diversi periodi nella storia del diritto di un popolo, e quindi anco nella storia del diritto romano. Ma per fare una distinzione in periodi bisognava partire da un criterio fondamentale, che servisse di guida per determinare i caratteri distintivi dei vari periodi storici. E qui si presentarono non poche difficoltà, le quali non si poterono vincere dagli scrittori e ne derivarono perciò distinzioni varie ed arbitrarie.

Il Vico, che nel gettare le basi della *filosofia della*

storia rivolse tutta la sua attenzione al popolo romano, limitando così molto ristrettamente il campo delle sue osservazioni, distinse tre epoche nella storia del diritto romano, che credette poi applicabile alle altre nazioni, perchè la filosofia della storia egli voleva fondata sulla comune natura delle nazioni. Accenniamo le sue idee. Vi furono, dice egli, tre specie di *ragioni*; la prima, ragione *divina*, la seconda, *ragione di Stato*, la terza, *ragione naturale*. La ragione divina è intesa solamente da Dio, e gli uomini tengono a luogo di ragione l'*autorità degli auspici*: la ragione di Stato, detta dai romani *civilis æquitas* fu conosciuta dai senati eroici, e sapientissimo fu il senato romano; la ragione naturale, detta dai romani *æquitas naturalis*, è conosciuta dalla moltitudine e nelle monarchie bisognano moltissimi giureconsulti di giurisprudenza privata, che professano questa ragion naturale per ministrare giustizia ai popoli. Or, soggiunge il Vico, le cose ragionate intorno alle tre specie della *Ragione* possono essere i fondamenti che stabiliscono la storia del diritto romano. È quindi evidente, che, secondo l'illustre filosofo, tre epoche bisogna distinguere nella storia del diritto romano, cioè l'epoca in cui il diritto è *divino*, l'epoca in cui il diritto è *equità civile*, e l'epoca in cui esso è *equità naturale* (1).

Alcuni scrittori invece dividono la storia del diritto romano in quattro periodi, che potrebbero considerarsi come periodi di infanzia, di giovinezza, di virilità e di vecchiezza.

Altri distinguono la storia del diritto romano in periodi, seguendo il criterio dei mutamenti della costituzione politica. Così Ortolan distingue tre periodi; della monarchia,

(1) VICO, *Scienza nuova* e l'altro lavoro — *De universo juris principio et fine uno*.

della repubblica e dell'impero; mentre il Willems divide la storia di quel diritto in due periodi: il periodo regio e repubblicano, ed il periodo imperiale, poichè insensibile è per lui la modificazione della costituzione politica di Roma nel passaggio dal regno alla repubblica (1).

Il Padeletti si allontana dagli scrittori sopra menzionati ed osserva, che i grandi periodi storici non sono determinati, anche nel diritto, nè da rivoluzioni politiche, nè da lavori legislativi, nè dall'opera personale di uomini per quanto grandi, ma dai cambiamenti più latenti e profondi dell'economia, della società, della moralità nazionale. Divide egli perciò la storia del diritto romano in tre grandi periodi, secondo il criterio storico or menzionato.

È necessario esaminare quali siano i caratteri distintivi, secondo il Padeletti, di quei tre periodi, perocchè la via da lui seguita nello stabilire quella triplice divisione è meritevole di seria considerazione.

Il primo periodo, che è il più originale ed il più produttivo della storia di Roma, si estende dalle origini di questa città fino al principio del settimo secolo. Lungo questo periodo, secondo il Padelletti, Roma, concentrando in sè ed esplicandosi colla più grande originalità e colla più grande energia delle genti italiche, progredisce in civiltà e in potenza; il popolo romano diviene un popolo eminentemente agricolo, e siccome presso un popolo di agricoltori i rapporti sociali e giuridici sono semplici e poco complicati, e predomina lo spirito di conservazione, di formalismo, così anco in ogni ramo del diritto romano di questo periodo predomina tale spirito. E nota, che le speciali condizioni economiche determina-

(1) ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*: WILLEMS, *Le droit public romain ou les constitutions politiques de Rome*, etc. 1883.

rono pure gli ordini sociali del popolo romano; le case patrizie (*gentes*) furono posseditrici del suolo, i *clientes* furono le classi economicamente dipendenti da quelle. Lungo il periodo cennato il popolo romano fu anco una società *militare*, e la severa disciplina militare influisce a dare un carattere speciale al diritto pubblico e privato. In conclusione, secondo il Padelletti, per sei secoli il diritto romano si presenta con forme particolari, perchè lungo tempo prevalse la vita semplice dei campi, la disciplina militare e politica, costumi puri ed incorrotti, e lenta fu l'accumulazione della ricchezza.

Il secondo periodo si estenderebbe dal principio del settimo secolo di Roma alla fine del terzo secolo dopo Cristo. Lungo questo periodo la pubblica e privata economia subì profonde alterazioni, poichè si era formato un vasto mercato economico, il possesso fondiario si incominciava ad agglomerare in poche mani per la sempre crescente estensione della cultura servile, si era esteso il commercio di mare, si erano formate due classi estreme di cittadini, cioè i grandi possidenti e capitalisti ed i nulla tenenti; e d'altro lato la corruzione allargavasi.

Il terzo periodo si estenderebbe dalla fine del terzo secolo sino alla caduta dell'impero occidentale, e si distingue per i seguenti tratti fondamentali; i latifondi invadono fin le più lontane provincie dell'impero ed appartengono al principe, ai senatori, alla comunità, ecc.; decadono il commercio, le industrie; sorge il colonato, il popolo si smembra in due classi, un'aristocrazia privilegiata ed una massa di proletari; decadenza morale.

Il Padelletti ritiene, che questa triplice distinzione dei periodi della storia del diritto romano sia la più scientifica, perchè il diritto subisce trasformazioni profonde col

modificarsi delle condizioni morali, sociali ed economiche di un popolo (1).

Non vogliamo poi lasciare indimenticata la divisione della storia del diritto romano nei seguenti tre periodi, fatta dal Carle; nel primo periodo Roma, piccola aggregazione di diverse comunanze di villaggio, si ispira alle proprie tradizioni ed alla necessità della sua vita economica, ch'era agricola, serba gelosamente i riti, i simboli e le formole monumentali del proprio diritto (*jus civile*); nel secondo, per il commercio coi popoli alleati o vinti, per le controversie quotidiane fra cittadini e stranieri, per i raffronti fra il diritto romano ed il diritto degli altri popoli civili, si forma il *jus gentium* e si rivela la potenza del genio legislativo dei romani: nel terzo la filosofia greca penetra in Roma ed imprime a poco a poco al diritto il carattere filosofico e razionale; ed ecco il *jus naturale* (2).

Se ben si considerano le sopracennate distinzioni dei periodi della storia del diritto romano, facilmente ci accorgiamo dall'impossibilità di una distinzione esatta, non ostante gli sforzi fatti dal Padelletti e dal Carle. E qui si noti che le difficoltà che si incontrano intorno alle divisioni dei periodi storici del diritto romano, si sono presentate anche nella storia della filosofia, della letteratura, ecc. E la ragione è, che il pensiero umano, o di un popolo in particolare, si svolge gradatamente e sotto la influenza di circostanze varie, e quindi una partizione storica è contraria alla realtà, e tanto più contraria riesce quanto più lo storico si fa guidare da criteri arbitrari ed aprioristici nel distinguere i diversi periodi.

Per tali ragioni siamo indotti a ritenere impossibile e

(1) PADELETTI, op. cit.

(2) CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*.

contraria alla realtà ogni distinzione di periodi nella storia del diritto romano, come appunto il Ritter ha ritenuto assolutamente impossibile una partizione nella storia della filosofia. E basta esaminare la distinzione dei periodi, di cui sopra facemmo menzione, per convincersi di questa verità.

Il Vico nel fare la triplice distinzione, dell'epoca del diritto *divino*, dell'*equità civile* e dell'*equità naturale* muove dal concetto della comune natura delle nazioni, e trovando questa successione di epoche in queste l'applica al popolo romano: non ritrae egli quindi il criterio della distinzione dallo svolgimento intimo della vita di quel popolo, e non può darci perciò ragione del diverso svolgimento della sua vita giuridica per opera dei pretori, dei giureconsulti, ecc. E poi quel passaggio dal diritto divino all'*equità civile* ed all'*equità naturale* si è operato così insensibilmente, che riesce impossibile determinare con esattezza le epoche: onde la distinzione fatta dal Vico è una distinzione *ideale*.

La distinzione della storia del diritto romano in quattro periodi paragonabili ai quattro periodi della vita individuale è infondata, perchè una profonda differenza intercede fra la vita degli organismi *individuali* e la vita degli organismi *sociali*, e riesce fantastica ogni applicazione dei caratteri distintivi dei diversi periodi della vita individuale alla vita sociale.

Nè la distinzione della storia del diritto romano in tre o due periodi conformemente alle mutazioni avvenute nella costituzione politica di Roma può essere accettata, perchè non si può ammettere come regola generale, che la successione dei periodi politici determini la successione dei periodi del diritto di un popolo. Se non ci inganniamo, la storia del diritto romano ce ne offre la prova.

Osserviamo infatti dapprima, che spesso i mutamenti politici sono determinati dai mutamenti avvenuti nella coscienza giuridica di un popolo, perocchè prima che gli individui possano sollevarsi a reclamare una riforma politica bisogna che in loro si sviluppi la coscienza del diritto a pretenderla; e l'affermazione sempre più completa della propria personalità giuridica è l'antecedente necessario di ogni riforma politica. Sotto questo riguardo potrebbe dirsi, che non i periodi politici determinano i periodi giuridici, ma che questi ultimi determinano i primi (1). Nè si dica che, anco ammessa questa proposizione, la distinzione dei periodi della storia del diritto possa farsi sempre secondo la distinzione dei periodi politici, perchè i mutamenti politici potrebbero considerarsi come i segni esteriori delle fasi evolutive del diritto, imperocchè è agevole rispondere, che talora i mutamenti politici non sono il prodotto dell'evoluzione della coscienza giuridica di un popolo, ma il risultato passeggero della volontà di alcuni utopisti, che cercano sconvolgere l'ordine sociale.

Ma d'altro lato non è possibile negare, che i mutamenti politici o meglio le condizioni sociali e politiche determinano talora mutamenti nella vita del diritto. Potremmo ricordare per la storia del diritto romano i seguenti casi più salienti, che ci passano per la mente: il *peculium castrense*, la legge sul *concubinato*, il senatuconsulto *de Bacchanalibus*, la *dos necessaria*, il *jus singulare* per *i milites*, ecc. ecc.

Da ciò si vede, che fra il diritto e la politica vi è tale intima relazione, e tale reciproca influenza, che i mutamenti politici possono determinare mutamenti nella legi-

(1) Vedi anco Bovio. *Sommario della storia del diritto in Italia*.

slazione di un popolo, e l'evoluzione della coscienza giuridica determinare a sua volta un'evoluzione nelle forme politiche. Onde ci sembra impossibile, che dai mutamenti della costituzione politica del popolo romano si possa trarre un criterio esatto per la divisione dei periodi della storia del diritto di esso.

Che poi le condizioni economiche e morali, come bene osserva il Padelletti, abbiano intima relazione colla vita giuridica di un popolo, è indubitabile. Giustamente egli osserva, che i rapporti giuridici fra gli uomini hanno sempre per base e per punto di partenza i rapporti degli individui e delle famiglie coi *beni* esteriori; che intorno a questi beni si aggruppa tutto il sistema dei diritti privati *reali* ed anche degli obbligatori, ed il diritto ereditario; che anco il diritto pubblico è una conseguenza mediata della costituzione economica, perchè gli ordini economici determinano direttamente gli ordini *sociali*, sui quali si fonda la costituzione politica. Ma tutte queste belle considerazioni fondate sullo studio dei fatti umani, e tutte quelle altre che potrebbero farsi intorno alla relazione intima fra le condizioni *morali* di un popolo e lo svolgimento della sua vita giuridica, non ci possono indurre ad accogliere come esatta una distinzione in periodi della storia del diritto romano. Noi ammiriamo il grande ingegno del Padelletti nell'aver voluto distinguere tre periodi della storia del diritto romano corrispondenti ai tre principali periodi di mutamenti avvenuti nelle condizioni economiche, morali e politiche del popolo romano, ma dichiariamo, come sopra abbiamo fatto, che è impossibile una partizione nella vita storica di un popolo, perchè gli avvenimenti sociali tutti o meglio le manifestazioni molteplici della vita di un popolo formano una catena, i cui anelli sono così intimamente uniti che non possono

essere separati senza rompersi. Ed il Padelletti stesso si trova non di rado impacciato nel connettere alcuni mutamenti giuridici con i mutamenti sociali ed economici. Bisogna tuttavia riconoscere, che senza lo studio delle condizioni economiche, sociali e morali del popolo romano non è possibile scrivere una storia scientifica del suo diritto.

La divisione dei tre periodi della storia del diritto romano fatta dal Carle ha molti punti di contatto con quelle esaminate del Padelletti, e del Vico, se non che l'illustre prof. dell'Ateneo torinese cerca dimostrare che nei tre periodi da lui indicati si rileva un carattere particolare del diritto, poichè dapprima è mero *jus civile*, più tardi *jus gentium*, ed infine *jus naturale*; ecco tre grandi fasi evolutive del diritto romano. Innegabili sono queste tre fasi evolutive; ma potranno esse assumersi come criterio per la distinzione dei periodi della storia del diritto romano? Non lo crediamo per le seguenti ragioni: 1.º perchè insensibile è il passaggio da una fase evolutiva alla altra: 2.º perchè arbitrario ci sembra quel criterio, non tenendosi in principal modo considerazione delle cause varie, che hanno determinato quelle fasi evolutive del diritto romano. Non si eviterebbero perciò tutti gli inconvenienti, che sono la conseguenza necessaria di volere partire in periodi la storia di un popolo, la quale non è suscettibile di divisione.

Riteniamo noi, adunque, che la miglior via da seguirsi sia quella di abbandonare l'idea di dividere la storia del diritto romano in periodi, e di studiare attentamente ogni singolo istituto giuridico dalle sue origini fino allo sfacelo dell'impero romano, ed infine di dare uno sguardo complessivo a tutto lo svolgimento del diritto dalle origini

del popolo romano sino alla caduta dell'impero per farne rilevare i caratteri particolari.

Nell' eseguire tale lavoro bisogna, come è facile accorgersi, studiare le condizioni economiche, morali, religiose, politiche, ecc. del popolo romano, per determinare le cause e i fattori che hanno influito a modificare le leggi e gli istituti giuridici di quel popolo.

Solo facciamo osservare, che il diritto *arcaico*, e per dire più chiaramente, il diritto *preistorico* deve essere anco studiato, altrimenti sarà impossibile rintracciare le vere origini del diritto romano, La preistoria, dunque, dovrà servire come un' introduzione necessaria allo studio della storia del diritto romano, e dovrà formare oggetto di serie considerazioni, perchè costituisce la parte più difficile della storia del diritto romano ed è in pari tempo una parte molto importante di esso, perchè senza la conoscenza del diritto preistorico di Roma non si possono scorgere i fattori primi che hanno dato origine ai vari istituti giuridici, determinare la vera indole del popolo romano, ed in conseguenza non si può scrivere la storia scientifica del diritto di questo popolo, che servì di modello a tutti i popoli civili d'Europa.

II.

La storia del diritto romano secondo la dottrina dell'evoluzione

APPUNTI (*)

SOMMARIO — Considerazioni preliminari. — I poteri del padre di famiglia (*patria potestas, manus, dominum*) — Le consuetudini giuridiche ed il diritto — Il fatto ed il diritto — Il possesso — Obbligazioni, contratti (*mancipatio, mancipatio cum fiducia, sponsio, stipulatio, nexum, expensilatio*, contratti reali e consensuali) — Procedimento esecutivo — Plebei e peregrini quali potenti fattori di trasformazione giuridica — Religione e diritto.

Considerazioni preliminari

In parecchi nostri lavori abbiamo dimostrato, che il diritto è soggetto anche ad una legge di *evoluzione*, come ogni altro fenomeno della natura, ed in questo stesso lavoro abbiamo osservato, che il diritto romano ci offre una delle prove più evidenti in conferma di tale idea. Aggiungiamo ora, che senza l'aiuto dei risultati della fi-

(*) Con questi appunti noi vogliamo tracciare alcune linee fondamentali per una storia del diritto romano, in cui si faccia tesoro dei risultati del *naturalismo* scientifico moderno, poichè noi siamo convinti, che l'applicazione di questi risultati alla storia del diritto romano sarà feconda di utili conseguenze, come già è stata per le altre scienze, e specialmente per la scienza criminale. Quanto abbiamo detto nello studio precedente intorno ai rapporti tra la storia del diritto romano ed altre scienze ci sembra che sia una prova abbastanza eloquente della necessità di seguire la via or indicata.

losofia scientifica moderna, la quale è fondata sulla dottrina dell'evoluzione, non si può avere una storia scientifica del diritto romano. Noi qui daremo un saggio del modo come dovrebbe essere trattata questa storia, ci riserbiamo di tentare a miglior tempo l'ardua impresa.

Sono necessarie intanto talune considerazioni preliminari per rimuovere equivoci e per tracciare la via che bisogna seguire in tali studi.

È troppo noto, che evoluzione importa passaggio da uno stato di *omogeneità incoerente* ad uno stato di *eterogeneità coerente*; che essa implica un processo di *individuazione* ed in pari tempo un processo di crescente *correlazione* degli elementi individuati. Chi trascura questo ultimo carattere dell'evoluzione, cioè la *correlazione*, non ha un vero concetto di essa e giunge inevitabilmente a conseguenze assurde (1). E per la legge di evoluzione i vari ordini di fenomeni naturali si presentano in intima correlazione fra loro; infatti i fenomeni sociali hanno per antecedenti necessari i fenomeni psichici, questi i fisiologici, i fisiologici i biologici, ecc. Si badi però che l'uno ordine di fenomeni è ben distinto dagli altri, che ognuno di essi ha leggi particolari regolatrici, oltre le leggi che sono a tutti comuni, e che in conseguenza è un errore stabilire *omologie* fra un ordine di fenomeni ed un altro, come hanno fatto alcuni, che sono giunti a tale esagerazione da fare uso nelle scienze dette *morali* e *sociali* di vocaboli propri delle scienze fisiche o naturali, dando così origine ad equivoci e ad erronee dottrine (2). Da ciò si vede bene, che

(1) Vedi le belle considerazioni fatte dal MIRAGLIA nella sua *Filosofia del diritto* di recente pubblicata, ed il mio lavoro — *Il diritto nella vita economica*.

(2) Vedi i miei *Saggi di filosofia giuridica* ed i *Saggi sulla evoluzione del diritto privato* del prof. Cogliolo.

noi assumiamo il vocabolo *evoluzione* non nel senso in cui viene accolta da alcuni che confondono, si può dire, i diversi ordini di fenomeni naturali, ma nel senso veramente scientifico, che è quello che corrisponde alla realtà delle cose e non alle arbitrarie concezioni di alcuni filosofi (1).

In altri termini: noi riteniamo, che vi sono leggi *generali*, che governano tutti i fenomeni della natura, e vi sono leggi *speciali* a ciascuno ordine di fenomeni: che chi tende a confondere queste due categorie di leggi altera il vero concetto dell'evoluzione.

Anco per il *diritto* (col quale vocabolo indichiamo una categoria speciale di fenomeni sociali, quelli, cioè, che rendono possibile la coesistenza degli uomini ed il loro continuo miglioramento) bisogna mantenere salda quella distinzione di leggi generali e di leggi speciali che governano il suo svolgimento, perchè altrimenti riuscirà impossibile osservare i caratteri distintivi dei fenomeni giuridici dagli altri fenomeni della natura. Accenniamo prima le leggi generali e poi, entrando in materia, le leggi particolari.

La parola *diritto* può essere assunta in due sensi; in senso *subbieltivo* o *antropologico*, e significa complesso di facoltà psico-organiche, il cui svolgimento è garentito dal potere sociale; in senso *obbiettivo* od anche *sociologico*, e significa complesso di norme stabilite dal potere sociale, colle quali è regolato l'esercizio di quelle facoltà (2). Or il diritto inteso in ambedue i sensi è sottoposto nel suo

(1) Alcune esagerazioni si trovano nelle opere di SPENCER e nella *Struttura e vita del corpo sociale* dello SCHAEFFLE.

(2) La parola *diritto* può essere assunta anco in senso di *scienza*; ma del diritto come *scienza* non importa qui occuparci.

svolgimento alle seguenti leggi generali, che governano tutti gli altri fenomeni naturali:

- 1.º lotta per l'esistenza;
- 2.º legge di adattamento;
- 3.º legge di selezione;
- 4.º legge di eredità;

Facciamo qualche breve considerazione per avere una idea chiara della dottrina dell'*evoluzione giuridica*.

Si noti dapprima, che non è il *diritto* che lotta, ma l'individuo-socievole, perchè il diritto, in qualunque senso inteso, è manifestazione dell'attività psico-organica dell'uomo svolgentesi sotto l'influenza di cause varie. Dunque, dobbiamo considerare quelle leggi rispetto all'individuo sociale in quanto egli lotta per isvolgere sempre meglio le sue potenze psico-organiche nel consorzio sociale. E perciò ben diceva il prof. Carle, che il diritto è un aspetto essenziale della vita dell'umanità, e, come tale, mentre trova nell'individuo il punto di partenza di qualsiasi sua manifestazione, trova poi nelle società il teatro in cui viene a svolgersi in tutta la sua ricchezza e varietà di forme (1). Si può dire quindi, che il diritto è legge di *esistenza* e di *coesistenza* degli esseri umani, o in altri termini, è legge di vita per l'umanità. Infatti il diritto nel tempo stesso che serve a tutela dell'individuo concorre a rendere possibile la coesistenza degli individui associati.

Ma gli individui umani, come tutti gli altri esseri della natura, per vivere debbono adattarsi all'ambiente esterno, e siccome le forze che costituiscono questo ambiente sono varie di natura e di intensità, così essi debbono lottare per riuscirvi. Colla lotta e coll'adattamento si ottiene la

(1) CARLE, op. cit.

perfezione, il miglioramento delle forze individuali psico-organiche, si opera una *selezione*; e siccome per la legge di *eredità*, altra legge naturale innegabile, si trasmettono ai discendenti le nuove qualità acquistate, così si spera un miglioramento continuo nella condotta umana, miglioramento che costituisce appunto l'*evoluzione*, e che, come abbiamo detto, è contrassegnata da un processo di individuazione sempre crescente e da una corrispondente correlazione delle parti individuate (1). E poichè, come ben diceva il Carle, il diritto è un aspetto essenziale della vita della umanità e trova nell'individuo il punto di partenza, segue che il diritto è sottoposto anche nel suo svolgimento alla legge della lotta per l'esistenza, dell'adattamento, della selezione e dell'eredità.

Ed infatti, considerando il diritto nel subbietto, cioè *antropologicamente*, si vede che come si perfezionano e crescono in complessità le potenze psico-organiche, si perfezionano e crescono in complessità le *forme giuridiche*, e considerandolo obbiettivamente o sociologicamente si scorge, che coll'evolversi delle potenze psico-organiche si sente il bisogno di stabilire norme più complesse per regolare lo esercizio di esse. Ed ecco dimostrato, che l'evoluzione nella condotta umana determina un'evoluzione nel *diritto*, inteso come *facoltà* e come *norma*.

Si è detto, che l'evoluzione non è altro che processo crescente di differenziazione e di correlativa integrazione degli elementi individuati: or, lo stesso è a dirsi dell'*evoluzione giuridica*. Infatti, si guardi l'umanità intiera o si guardi un popolo, si scorge che, nelle origini, il diritto antropologicamente considerato si riduce a poche *facoltà* individuali, alle più rudimentali, e obbiettivamente a poche

(1) Vedi specialmente RIBOT, *L'heredité*.

norme regolatrici di quelle facoltà, ma più tardi crescono in numero e complessità le une e le altre. Basterebbe paragonare il diritto di un popolo civile col diritto di un popolo barbaro, od anche il diritto romano ai tempi della legislazione decemvirale col diritto romano ai tempi dello impero per convincersi di questa verità.

È per questa ragione, che alcuni scrittori parlano di *organismo giuridico*, *embriologia giuridica*, di *plastidulo giuridico*, di *trasformismo giuridico*, ecc. ecc., ma essi, come è facile vedere, non fanno uso di un corretto linguaggio scientifico, perchè il diritto non è qualcosa di materiale, ma un prodotto *psichico*, o, come direbbe Spencer, *superorganico*.

Per quanti sforzi facciano essi per trovare somiglianze di caratteri fra i fenomeni psichici e sociali ed i fenomeni *biologici*, ecc., non riusciranno a distruggere i caratteri differenziali di questi vari ordini di fenomeni, e pei quali caratteri appunto si rende inesatta la *identità* di terminologia. Teniamoci, adunque, lontani dalle esagerazioni, le quali sono dannose alla scienza, perchè creano ostacoli al suo sviluppo.

Fin qui delle leggi *generali* dell'evoluzione giuridica; passiamo ora allo esame delle leggi *speciali*.

Il diritto è, come gli altri fenomeni sociali, una delle manifestazioni della coscienza di un popolo, e nel suo svolgimento subisce l'influenza di cause particolari, che per gli altri ordini di fenomeni non hanno affatto o hanno minima importanza. Tutte queste cause insieme prese costituiscono l'*ambiente esterno* di vita, il quale è ambiente *fisico* ed è ambiente *sociale*. L'*ambiente fisico* è costituito da elementi diversi; *clima*, *posizione tellurica*, *fertilità del suolo*, ecc. ecc., e questi elementi divengono cause modificatrici del *diritto*. Il popolo romano fu un popolo agri-

colo per la natura del suolo da esso occupato, e perciò il diritto non solo fu semplice nelle sue forme, ma anco rigoroso nella sua attuazione; e lente furono le trasformazioni da esso subite, perchè più tenace è la trasmissione ereditaria delle consuetudini giuridiche, delle norme di condotta presso un popolo agricoltore.

E qui si noti, che per trasmissione ereditaria deve intendersi tanto quella *organico-psichica*, quanto quella *orale*, perocchè è innegabile, che il carattere di un popolo si mantiene costante, o quasi, lungo il corso di molti secoli, per quelle due specie di trasmissione. Come si trasmettono infatti i tratti fisici, così si trasmettono anco le disposizioni psichiche. Si badi però a non dare grande importanza, come fan taluni, all'eredità *organica*, poichè grande influenza ha per il mantenimento di certi usi o consuetudini la trasmissione ereditaria *orale* o meglio la *tradizione* popolare.

Ed è per tale considerazione, che noi crediamo che molta influenza abbia l'ambiente *sociale* sull'evoluzione giuridica (1). L'ambiente sociale è costituito dal concorso di tutte le altre manifestazioni dell'attività psichica, o, come diceano i seguaci della scuola storica, della *coscienza popolare*, cioè forma politica di governo, credenze religiose, stato morale, stato intellettuale, stato economico, ecc. ecc. Anco su queste varie manifestazioni dell'attività psichica umana influisce lo ambiente *fisico*, e su ciascuna di esse l'ambiente *sociale*: il che ci mostra la influenza che ogni categoria di fenomeni sociali esercita sulle altre e viceversa.

Come si vede, il diritto non è solo soggetto nella sua

(1) Lo stesso crediamo in ordine alla *criminalità*, e lo dimostreremo in un prossimo lavoro.

evoluzione all'influenza di cause generali, che costituiscono le leggi generali dell'evoluzione cosmica, ma anche all'influenza di cause particolari. Dal che sempre meglio si induce la differenza fra i diversi ordini di fenomeni naturali, e la natura speciale dei fenomeni giuridici o del diritto, e si rileva l'errore di coloro che nella scienza del diritto vogliono introdurre tutti i vocaboli trovati per indicare altri ordini di fenomeni.

Senza dubbio dobbiamo avvalerci dei risultati del naturalismo scientifico moderno nello studio delle scienze giuridiche, ma dobbiamo mantenere sempre integri i limiti fra le varie scienze.

Premesse queste poche idee fondamentali intorno alle leggi generali e speciali che governano la evoluzione giuridica, facciamo di esse applicazione a casi particolari, o meglio, vediamo se studiando la storia del diritto romano è dato osservare il concorso di quelle leggi nello svolgimento della vita giuridica di quel popolo.

I.

I poteri del padre di famiglia

Nei tempi preistorici di Roma colla parola *manus* si dovettero indicare tutti i poteri dell'individuo *sui juris*. L'uso di quella voce per indicare questi poteri ha la sua ragion d'essere nell'indole del popolo romano, indole militare o guerriera. Or siccome in quei tempi erasi costituita la famiglia patriarcale, la quale per sua natura conduce al predominio del padre di famiglia su tutti gli altri membri e sulle cose, e questo predominio tanto più sovrano diviene quanto più stabili sono le dimore e più semplici i costumi, più rare le relazioni con gente estranea

(stato *agricolo*), così il padre di famiglia è vero tipo dell'individuo *sui juris* e la *manus* è la più solenne manifestazione della sua superiorità (1). È ben difficile esprimere con altre parole il concetto racchiuso in questa voce, perchè ai giorni nostri abbiamo parole diverse per significare tutti i poteri nascenti dalla *manus*; puossi solo dire, che la *manus* era la *somma* dei poteri del padre di famiglia. Tutte le cose poi e le persone soggette alla *manus* erano *res*, e fin nelle leggi delle XII tavole i figli sono compresi nelle *res*.

La *manus* rappresenta, come è facile vedere, un tutto omogeneo incoerente (*omogeneità giuridica*) allo stesso modo che la *res*, se non che l'una concerne il soggetto *attivo* del diritto, l'altra il soggetto *passivo*.

Ma per la legge di evoluzione un processo di differenziazione dovea aver luogo in quell'omogeneità incoerente rappresentata e dalla *manus* e dalla *res*: ed ebbe infatti luogo. Noi considereremo per ora la *manus*.

A poco a poco per la diversa influenza esercitata dalla moglie, dagli schiavi, dai figli, dalle cose sull'attività psichica del *paterfamilias*, sentimenti diversi dovettero in lui sorgere verso essi e modificar si dovette in pari tempo il suo modo di operare ed il trattamento, perchè è legge naturale lo adattamento della condotta all'influenza delle cause esterne eccitanti.

E difatti i tre vocaboli *manus*, *potestas*, *dominium*, che troviamo in uso nei tempi storici, ci mostrano che la primitiva omogeneità incoerente dei poteri (*manus*) subì un processo di differenziazione e di correlativa integrazione

(1) Per il più ampio svolgimento di queste idee nel campo della *filosofia del diritto* vedi il nostro lavoro *Saggi di filosofia giuridica*, e le opere degli scrittori ivi menzionati.

per la distinzione in poteri verso i figli (*potestas*), in poteri verso la moglie (*manus*), in poteri verso gli schiavi e sulle cose (*dominium*). Ecco l'eterogeneo venire fuori dal seno dell'omogeneo: eterogeneo *coerente*, perchè quei poteri, sebbene distinti, risiedevano nella stessa persona e perciò erano integrati fra loro.

Osserviamo ora l'evoluzione subita da ciascun ordine di questi poteri, e vedremo sempre meglio confermate le idee sopra esposte.

La *patria potestas* era un complesso di poteri vari riguardanti i figli. Gli scrittori latini ci danno notizia di molti di questi poteri: potere di vita e di morte (*vitæ necisque potestas*), potere di uccidere i neonati, potere di vendere i figli, potere di darli in mancipio a chi era stato da loro danneggiato (*noxæ datio*), ecc. Dionisio scrive sul proposito: *Romulus omnem potestatem in filium patri concessit idque toto vitæ tempore sive eum carcere includere, sive flagellare, sive vinctum ad opera rustica detinere, sive occidere vellet; etiam vendere filium permisit patri ecc.* (1) Potere così esteso non è dato osservare presso nessun popolo, e lo riconosce lo stesso Gaio, quando dice, *quod jus proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus* (2). Le cause determinanti la severità ed estensione dei poteri del padre sui figli debbono indubbiamente ricercarsi nel carattere del popolo romano, carattere guerriero, e nelle condizioni di vita sociale (agricoltura).

Di tali poteri del *paterfamilias* sui figli conseguenza fu

(1) DIONISIO II, 26, 27.

(2) GAJO, I, 55.

il potere di lui sulle cose di costoro, che non essendo *sui juris* non potevano disporre di nulla.

Alcuni scrittori hanno voluto scorgere una analogia fra la *patria potestà* ed il *dominium*, sostenendo, che quella ebbe il carattere di un diritto di proprietà sopra i figli, simile al potere che il padre di famiglia avea sui servi. Essi affermano, che la *patria potestà* si svolse come sentimento di proprietà, poichè chi non avea la *patria potestà* non avea il dominio ottimo, e che tanto la *patria potestà* quanto il *dominium* erano poteri illimitati di disporre. Le ragioni addotte a sostegno di questa dottrina sono parecchie, di cui accenniamo quì brevemente le principali: 1° negando che la *patria potestas* sia una specie di dominio, riesce impossibile trovare la ragione storica e la causa efficiente della *patria potestà*, che era un potere illimitato: 2° che l'azione per rivendicare il figlio era *actio in rem*; 3° che i limiti escogitati per la *patria potestà* per distinguerla dal dominio, non dimostrano la differenza dei due poteri, perchè anche alcuni limiti furono escogitati per il dominio: 4° che l'istituzione del *peculium* non vale a creare la differenza, perchè anche il *servo* ebbe il *peculio*: 5° che nella tavola V sta scritto: *uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*; dove il *legasset* rivela appunto il concetto dell'*ordine*, del *dominio*: 6° chè Ulpiano dice: *paterfamilias..... in domo dominium habet* (1).

Gravi sono queste osservazioni a prima vista, ma con-

(1) ULPIANO, (L. 195, § 2, Dig. 4, XVI) — Vedi BOVIO, *Sommario della storia del diritto in Italia*: VALTER, *Storia del diritto romano*: VOIGT, XII *Tafeln* e propriamente i paragrafi 92, 93 94 di questa pregevolissima opera.

siderate attentamente e col soccorso dei risultati della filosofia scientifica moderna perdono importanza.

In origine tutti i poteri dell'individuo *sui juris*, e quindi del *pater familias*, erano compendiate nella *manus*, che è il segno sensibile della idea del dominio: onde quel complesso di poteri, che più tardi costituirono la *patria potestas*, era confuso nella *manus* ed avea il carattere del dominio. Ma quando ebbe luogo il processo di differenziazione sopra cennato, si costituì la *patria potestas*, il carattere del dominio venne meno, come carattere distintivo, per assumere quello della *potenza*, della *superiorità*, come la radice stessa della parola *potestas* indica. Nè vale il dire contro questa dottrina, che Ulpiano parla di *dominium* e che la *vindicatio filii* era azione reale, poichè, come bene osserva il Cogliolo, la parola *dominium* non è usato nel senso teorico da Ulpiano e non ha importanza storica, perchè egli usa un modo di dire, e la *fili vendicatio*, di cui parla Gaio, non contiene neppure il concetto di dominio, perchè la *vindicatio* in origine non era l'azione specifica del diritto reale, ma l'azione di qualunque diritto (*vim dicere*, intimare guerra giudiziale) (1). Il concetto antico della *vindicatio* ci viene in un modo molto chiaro indicato da Cicerone, quando scrive. «*vincatio per quam vis aut iniuria et omnino omne quod abfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur*» (2).

Nè ha importanza, dopo tali considerazioni, la obiezione fatta da alcuni, che cioè negando che la *patria potestà* sia un diritto di proprietà non si trovi la ragione storica di un potere così esteso spettante al padre di famiglia; imperocchè è facile rispondere, che la ragione

(1) COGLIOLO, op. cit.

(2) CICERONE, *De Inv.* II, 53.

efficiente del potere illimitato del padre sui figli è la costituzione particolare della famiglia romana, formatasi per la *violenza*. Dobbiamo noi infatti ammettere, che i primi matrimoni presso i popoli italici ebbero luogo per *ratto*. E dapprima moglie, figli e cose furono proprietà del padre di famiglia, più tardi per la legge di evoluzione il potere del padre sulla moglie e sui figli non fu più di dominio, ma di superiorità e sovranità (1).

È noto che furono escogitati limiti alla patria potestà ed anche al dominio, ma questo fatto, a nostro avviso, non ha importanza alcuna per risolvere la tesi propositaci, perocchè quei limiti sono il risultato necessario dell'evoluzione giuridica e non concernono solamente la potestà patria ed il dominio.

Ammesse tali idee, ci sembra che perdano ogni forza tutte le altre osservazioni, che si sono fatte per attribuire alla patria potestà i caratteri del dominio.

Devesi tuttavia riconoscere, che nei tempi preistorici, quando tutti i poteri del padre di famiglia erano compresi nella *manus*, i poteri verso i figli, ancor confusi cogli altri poteri, aveano il carattere del dominio (2).

Ma anco la patria potestà subì una evoluzione nella storia del diritto romano, come ogni altro fenomeno della

(1) Vedi in ordine alle origini del matrimonio i nostri *Saggi di filosofia giuridica* e le opere degli scrittori ivi menzionati.

(2) Fra gli scrittori, che esclusero il carattere del dominio nella patria potestà, ricordiamo principalmente: IHERING, *Geist*. II, t. 148 e seg. È utile consultare anche il Sumner Maine (*L'ancien droit*) per le importanti osservazioni intorno alla *patria potestà* nei tempi antichi.

Sostennero, che la patria potestà ebbe per fondamento il dominio: Heineccius, *Inst. de jure natur. gent.*; Vico, *Scienza nuova*, e poi Walter, Savigny ed altri.

vita sociale, e le fasi di essa furono determinate dalla evoluzione *psichica* e dall'evoluzione del *potere sociale*. È infatti fuori dubbio, che col tempo ai sentimenti egoistici sottentrarono sentimenti altruistici, e perciò l'antico sentimento di superiorità del padre di famiglia sui figli, avente una natura eminentemente egoistica, a poco a poco incominciò a trasformarsi in sentimento ego-altruistico e la patria potestà a perdere i caratteri dell'eccessivo rigore antico. Contribuirono anche a determinare questa trasformazione della patria potestà; 1° lo sviluppo del sentimento d'indipendenza nei figli; 2° lo sviluppo generale dei sentimenti altruistici; 3° l'evoluzione del potere sociale.

Sappiamo infatti, che nei tempi antichi il consiglio dei parenti più prossimi era un freno agli abusi della potestà patria, ed era consuetudine la convocazione di questo consiglio in casi gravi di reità del figlio, tranne il caso di sorpresa in flagrante delitto o di confessione di colpa. Tale formalità collo svolgersi dei sentimenti altruistici indubbiamente inflù molto a mitigare i rigori della patria potestà (1). Sotto la repubblica anco i censori esercitarono una giurisdizione particolare per gli abusi di quel potere. Ma è sul finire di essa e sotto l'impero, che i poteri diversi compresi nella *patria potestas* vennero nella maggior parte aboliti per ingerenza del potere sociale (2). Invero mentre nei tempi antichi l'esposizione degl'infanti era azione lecita, sotto il consolato si considerò come azione contraria alla moralità e sotto l'impero fu vietata (3). Il diritto primitivo di uccidere i figli, collo svol-

(1) Consulta DIONISIO, VIII, 78, 79 — Val, Max, v. 8, 2 e 3 — Dio Cass. XXX. VII, 36.

(2) Vedi DIONISIO XX, 3 — Dig. XXXVII, 12, 5 — Dig. XLVIII, 9, 5 — Cod. VIII, 47, 3.

(3) Dig. XXV, 3, 4.

gersi dei sentimenti altruistici, andò in disuso; ma uccisioni sempre ne seguivano, finchè Costantino dichiarò parricidi tali uccisioni.

Il diritto di vendere i figli, molto in uso nelle epoche antiche, col tempo perdè importanza e non era esercitato che dalle classi infime della società, finchè non venne Diocleziano per abolirlo (1). Anche la *noxae datio*, altra eminente facoltà del padre di famiglia, cadde col tempo in disuso, e fu abolita da Giustiniano.

Questi brevi cenni sulle trasformazioni subite dalla patria potestà ci mostrano ad evidenza, che col mutarsi dell'ambiente sociale per la prevalenza dei sentimenti altruistici l'antico potere del padre di famiglia non potè più sussistere per mancanza di adattamento e si ridusse in limiti abbastanza ristretti. L'evoluzione poi dei poteri dello Stato valse a cancellare quelle poche tracce che ancor rimanevano di quella rigorosa potestà.

Non fa poi mestieri osservare, che col trasformarsi della patria potestà mutaronsi anco i rapporti patrimoniali. Scrivea Gaio; *igitur quod, liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione manciscuntur, sive quid stipulantur, vel ex aliquabit causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*. Adunque il patrimonio familiare era unico e spettava al padre di famiglia, che poteva a suo piacere disporre. Ma ecco introdursi l'istituto giuridico del *peculium*, che servi di limite all'eccessivo poter patrimoniale del

(1) L. I, (IV, 43) Cod. *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris jure aut alio quolibet modo nec sub prætectu ignorantiae accipientis, in alium transferre posse manifestissimi juris est.*

padre di famiglia, e subì nel corso dei secoli profonde trasformazioni (1). Spetta allo storico del diritto romano descrivere queste trasformazioni e metterle in rapporto colle trasformazioni avveratesi nella patria potestà e nello ambiente sociale.

La voce *manus*, che nei tempi primitivi di Roma, come abbiamo visto, designava tutti i poteri del padre di famiglia sulle cose e sulle persone a lui sottoposte, più tardi cioè quando ebbe luogo quel processo di differenziazione, di cui abbiamo fatto parola, designò il complesso di quegli assoluti poteri che il marito (*paterfamilias*) avea sulla moglie. E questi poteri dapprima furono molto estesi, e gravi, cioè poter di ucciderla, di manciparla, di correggerla, di prestarla ad altri, secondo Schupfer, temporaneamente per lo scopo della generazione, ecc. Solo per lo esercizio del *jus vitæ et necis* vi era un limite, nell'obbligo del marito a convocare un consiglio di famiglia composto dei parenti più prossimi per sentirne il parere, eccetto il caso di adulterio (2). La ragion di così estesi poteri del marito bisogna ritrovarla nel modo come in tempi remoti avea luogo il matrimonio. Indubbiamente il *ratto* dovette essere la forma primitiva, che diede origine al matrimonio. Ed oltre alla leggenda del *ratto delle sabine* ed alla notizia storica, che ci danno gli scrittori, della solennità molto in uso nei tempi storici della *finta forza* impiegata dallo sposo prima di condursi via la moglie, le testimonianze dei viaggiatori sugli usi esistenti presso molti popoli selvaggi moderni, ci inducono a ritenere che

(1) *Peculium proprie minorum est personarum sive servorum. Nam peculium est, quod pater vel dominus filium suum vel servum pro suo tractare arbitrio patitur* (Isidor. *Orig.* v. 25).

(2) *Tacitus, Annales*, XIII, 82; Aulo Gellio, X, 23.

i primi connubi ebbero luogo per *ratto*, cioè colla *violenza* (1). La donna perciò fu ritenuta *cosa* dell'uomo, e da qui l'esteso potere di questo su quella. Col modificarsi dei sentimenti del popolo romano preistorico al *ratto* si è dovuto sostituire la compra (*cœmptio*), e più tardi forse la *confarreatio*, ed infine l'*usus*. Queste sono tre forme antichissime di acquistare la *manus* sulla donna, perocchè all'epoca delle XII tavole è riconosciuto il matrimonio libero (2). Lo storico del diritto ha l'obbligo di ricercare le origini di questi tre modi diversi di acquistare la *manus*, perchè tale ricerca ha anche un'importanza per determinare il vero concetto giuridico del potere maritale.

Il Padelletti crede, che i matrimoni *liberi o sine manu* siano stati l'effetto di lente rivoluzioni economiche, poichè, egli dice, se nei primi tempi di Roma la donna lavorava come uno schiavo, perchè ve n'era il bisogno, più tardi, cessato questo, essa si occupò del lusso, di religione e delle cose casalinghe (3). Non ci sembra esatta cotesta opinione, perchè la storia di Roma non ci offre dati importanti per dimostrare che il mutarsi delle condizioni economiche abbia determinato il mutamento della condizione della donna; crediamo però potersi dire, che l'evoluzione psichica ha contribuito a fare cadere in disuso le

(1) Vedi il nostro lavoro sopra citato — *Saggi di filosofia giuridica*.

(2) Sono discordi gli scrittori intorno alla origine di queste tre forme di contrarre matrimonio, perchè secondo alcuni la *confarreatio* è di origine *etrusca*, secondo altri *sabina*. Vogliono poi alcuni scrittori, che più antica sia la *confarreatio* e proprio dei matrimoni dei patrizi, che la *coemptio* introdotta più tardi sia stata usata per i matrimoni misti. Vedi Padelletti, *op. cit.*: Rein, *Privatrecht der Römer*, 1858, ecc.

(3) PADELLETTI, *op. cit.*

antiche forme di contrarre matrimonio, svoltesi sotto la influenza di sentimenti egoistici e rudi, e che il mutarsi delle condizioni economiche fu una delle cause concorrenti che determinò quell'effetto.

Collo stabilirsi dei matrimoni liberi nacque indubbiamente l'istituto della *dote*, perchè, come bene osserva il Serafini, l'idea della dote è a rigore inconciliabile colla *manus*. Infatti nei primi tempi, quando seguiva il matrimonio con una delle forme sopra cennate, tutto ciò che la donna possedeva passava anco nella mano del marito. Ma divenuto libero il matrimonio, ciò che la donna possedeva passava anco nelle mani del marito, non come un accessorio di essa, si bene come un mezzo per sostenere il peso della famiglia (1). È in questo senso, a noi sembra, che debba intendersi il seguente passo di Cicerone: « *quum mulier viri in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri sunt dotis nomine* ». È facile vedere, che con tali mutamenti il potere maritale si spogliò di quel carattere di rigore, che ebbe nei primi tempi, specialmente se si considera, che il divorzio era già al principio del settimo secolo di Roma divenuto molto frequente.

Se si fa un confronto fra il potere maritale e la patria potestà si scorge ad evidenza, che le trasformazioni subite dal primo furono più celeri di quelle subite dalla seconda. Per trovare la ragione di ciò, bisogna volgere lo sguardo ai fattori *antropologici* ed ai fattori *sociali*, che, come si è detto, efficacemente concorrono a trasformare il diritto. E vero infatti, che col mutarsi delle condizioni economiche nuove tendenze si sostituiscono alle antiche, e nuovi bisogni sorgono: è vero anco, che coll'accrescersi delle

(1) Vedi Costanzo, op. cit.

ricchezze la semplicità del vivere viene meno ed il sentimento dell'indipendenza personale acquista più energia: ma non è men vero, che questo mutamento nella condotta umana, derivante dalle mutate condizioni economiche, si fa più accentuata per quella parte della condotta, che ha relazione coi sentimenti egoistici prepotenti e coi piaceri del senso. Or bene, nei rapporti fra l'uomo e la donna prevalgono appunto questi sentimenti, e quindi, a nostro avviso, i fattori *antropologici* più dei fattori *sociali* contribuirono a trasformare il poter maritale ed a fargli perdere i caratteri dell'antico rigore; mentre a determinare la trasformazione della patria potestà contribuirono più i fattori *sociali* che quelli *antropologici*.

Diamo ora uno sguardo fugace al *dominium*, altro potere del padre di famiglia.

Senza entrare nella quistione, se nei tempi preistorici di Roma ci sia stata o meno la proprietà comunale, osserviamo solo che presso il popolo romano come assoluto fu il potere del padre sui figli, parimenti assoluto fu il diritto di proprietà a lui spettante (1). La ragione della somiglianza di carattere è da ricercarsi nel modo come la famiglia romana erasi costituita. Se la *violenza* e il *prezzo* furono i due mezzi primitivi per avere la donna, se, nè la donna, nè i figli hanno indipendenza giuridica nel seno della famiglia, il padre in conseguenza è l'assoluto signore, ed i suoi poteri sono sovrani e si estendono su tutte le manifestazioni della vita familiare. Ma, come già si è notato, col tempo quel complesso di poteri del padre di famiglia, designato colla parola *manus*, si diffe-

(1) Il NIEBUHR, il PUCHTA, il MOMMSEN ed altri scrittori sostennero l'ipotesi, che in tempi antichi in Roma il suolo fosse comune.

renziò nei tre ordini principali di poteri, di cui si è fatto cenno, e sorse il diritto di *dominio*, che ebbe per oggetto unicamente le cose e gli schiavi. Ecco un processo evolutivo nella *potestà* del padre di famiglia.

Il diritto di *dominio* o di *proprietà* subì anch'esso trasformazioni, come gli altri poteri del padre di famiglia, nell'adattarsi allo ambiente esterno di vita, che, nel caso in esame, è ambiente *famigliare* ed ambiente *sociale*.

I primi limiti incontrati dal diritto di dominio furono nell'ambiente sociale, poichè, coll'evolversi della vita sociale, lo Stato si rafforzò sempre più nei suoi poteri e nelle sue funzioni, e apportò restrizioni all'assoluto diritto di dominio dei *pater familias*, es. le espropriazioni per pubblica utilità, sèrvitù, ecc. ecc. (1).

Il diritto di dominio dei *paterfamilias* incontrò altri limiti nell'ambiente familiare colla creazione dell'istituto del *peculio*, che dapprima consistette in quel patrimonio o in quegli oggetti, che il padre dava al figlio in amministrazione (*peculium profectitium*); più tardi si creò il *peculium castrense*, e sotto l'impero il *peculium quasi castrense*, istituto importantissimo, perchè in questo peculio si comprendeva tutto ciò che il figlio acquistava nell'amministrazione dei pubblici uffici, ecc. (2). Altro limite incontrò il diritto di dominio del *paterfamilias* nella *dote*, perchè sebbene dapprima il marito poteva vendere a suo arbitrio, donare ecc. le cose dotali, pure riconobbesi più tardi, che il marito ha uno diritto temporaneo, potendo essere obbligato alla restituzione: che è responsabile dei deterioramenti, ecc., perciò i giureconsulti dicevano: *quam-*

(1) Vedi PADELLETTI, op. cit.

(2) Vedi SERAFINI. *Istituzioni di diritto romano*; Hortolan *Explic, histor.*

vis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est (1). Notiamo per maggior chiarezza, che collo stabilirsi dei matrimoni liberi, spettarono alla moglie tutte quelle cose che aveva acquistate dopo il matrimonio, e più tardi Augusto dichiarò che per l'alienazione dei fondi dotali italici fosse necessario il consenso della moglie.

Una conseguenza necessaria ed inconfutabile, a nostro avviso, delle esposte idee, è la negazione del *condominio familiare* come istituto giuridico antico. Alcuni scrittori hanno sostenuto, che per diritto romano ci fosse stata una compartecipazione dei figli al patrimonio paterno, in altri termini una comproprietà familiare: altri la negano recisamente (2). Non mancano tuttavia coloro, che cercando una via conciliativa sostengono, che in fatto esistette una comproprietà familiare, ma come istituto giuridico no (3). A dire il vero, alcuni frammenti di rinomati giureconsulti, quali Gaio Paolo ed altri, pare che accennino ad un condominio familiare. Più importanti ci sembrano i seguenti:

« Gajo II, 157: sui quidem heredes ideo appellantur,
« quia domestici heredes heredes sunt et vivo quoque
« parente quodammodo domini existimantur (§ 2 Inst,
« Iust. II, 19): Paulus, *Rec. Sen.* IV, 8, 6: in suis here-
« dibus... a morte testatoris verum hereditiarum domi-
« nium continuatur:

(1) Vedi SERAFINI. *Istituzioni*.

(2) Hanno sostenuto il condominio: Brinz. *Pand.* — Danz. *Rom. Gesch.* Pantaleoni, *Storia costituzionale di Roma*, ecc. L'hanno combattuto: Brugi, *Arch. Giur.* — Padelletti, op. cit. — Bruns ed altri.

(3) Vedi IHERING, op. cit. e l'opera recente di Voigt, *XII tafeln*.

« L. II, Dig. XXVIII, 2: in suis heredibus evidentius ap-
« paret continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla
« videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui
« etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde
« etiam filius familias appellatur, sicut paterfamilias, sola
« nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo
« qui genitus est.

« Itaque post mortem patris non hereditatem percipere
« videntur, sed magis liberam bonorum administrationem
« consequuntur.

Ma su questi testi bene osserva il Cogliolo, che Gaio, Paolo ed altri giureconsulti non hanno grande autorità in materia storica, e che del resto essi nei frammenti citati manifestano una opinione, ma non ci insegnano una dottrina giuridica dell'epoca (1). Ed invero leggendo attentamente quei frammenti si scorge, che essi cercano trovare la ragione, per la quale alla morte del paterfamilias i beni passassero senza bisogno di delazione agli *heredi sui*. Erroneamente però da alcuni si vuol addurre a sostegno del condominio familiare una ragione *filologica*, che cioè le voce *heres* valga quanto *herus*=padrone, perchè, a nostro avviso, la voce *heres* ha la stessa radice del verbo *hæreo*, ed indica *legame, vincolo*, quel legame appunto di dipendenza dei figli dal padre, che era la conseguenza, come abbiamo visto, della ferrea potestà patria (2). A miglior conferma delle esposte idee contro l'opinione di coloro che ritengono esservi stato il condominio familiare, ricordiamo il carattere tutto particolare dei poteri del padre di famiglia e la forma speciale della costituzione organica

(1) Op. cit.

(2) Vedi anche VOIGT, XII Taf. vol. II.

della famiglia romana; essi ci mostrano appunto la sovranià del padre di famiglia e l'assolutezza dei suoi poteri.

L'opinione poi di coloro, che ammettono l'esistenza di fatto del condominio familiare e non l'esistenza giuridica di esso, ci sembra che non risolva per nulla la questione, perocchè sta nell'ordine naturale delle cose che degli oggetti esistenti nel patrimonio familiare godono i figli, come gode la moglie; ma questo godimento di fatto non ha nessun carattere giuridico. Cotesta dottrina solo può giovare a dimostrare sempre meglio l'erroneità della dottrina favorevole al condominio familiare. Risulta adunque confermato, che condominio familiare giuridico non esistette nel diritto romano antico; esso, come ben dice il Cogliolo, sarebbe un condominio veramente ridicolo e contrario a tutte le regole del diritto romano.

Noi non abbiamo fin qui fatto altro, che tracciare le linee fondamentali di uno studio storico sui poteri del padre di famiglia, col soccorso dei risultati della filosofia scientifica moderna: ed abbiamo mostrato, come per evoluzione il primitivo potere del *paterfamilias* (*manus*) si sia differenziato in altri poteri (*manus* in senso stretto, *potestas*, *dominium*), che questi poteri nel corso dei secoli, nella lotta incessante per l'adattamento allo ambiente esterno, siansi trasformati, riducendosi a quelle forme semplicissime che furono il risultato dell'influenza esercitata da fattori *antropologici*, *fisici* e *sociali*. Ad un studio più esteso è riserbato lo entrare nelle particolarità della vita del popolo romano per trovare le cause varie e più speciali, che contribuirono a determinare le fasi diverse evolutive dei poteri del *paterfamilias*.

II.

Le consuetudini giuridiche ed il diritto

Importante è per la storia del diritto romano la conoscenza delle sorgenti dei diritti e delle norme giuridiche. La scuola storica avea in modo abbastanza esplicito sostenuto, che la sorgente del diritto è da cercarsi nella consuetudine. Ma oggi alcuni scrittori insegnano, che le norme giuridiche sono sorte coi giudizi dei capi, e che quindi le consuetudini giuridiche sono posteriori a quei giudizi. Questa divergenza di opinioni rende necessaria una breve discussione per stabilire alcune idee fondamentali, che debbono servire di norma nello studio della storia del diritto romano.

Osserviamo dapprima, che per rimuovere equivoci bisogna col pensiero trasportarci ai tempi primitivi della umanità, giovandoci dei risultati della sociologia e della etnografia, perchè coll'aiuto di queste scienze noi possiamo avere una conoscenza esatta della primitiva condotta umana, la quale si presenta semplicissima nelle sue forme. Infatti nei tempi antichissimi semplici furono le estrinsecazioni dell'attività psico-organica degli uomini, perchè pochi erano i bisogni da soddisfare; ma col tempo questi si accrebbero, e più complesso divenne il sistema delle azioni. Colla complessità dei rapporti umani sorse il bisogno di norme regolatrici per evitare il disordine, ed infatti si incominciarono a seguire dagli uomini, già riuniti in speciali aggregazioni, alcune maniere di agire; ed ecco gli usi o le consuetudini. Il seguire questi però non

era imposto da un potere superiore alla volontà degli associati, e quindi quelle consuetudini non avevano il carattere di *giuridicità* (1). I diritti e le norme giuridiche sorsero quando da un capo qualsiasi, che dicesse un'associazione, si imposero alcune norme di condotta sotto la minaccia di talune conseguenze dolorose e si riconobbe la legittimità di alcune azioni. Ben dice perciò il Cogliolo, che gli elementi per aversi il diritto distinto della morale, dalla religione, ecc., sono principalmente due; 1° una norma, cioè una via imposta all'azione umana; 2° una autorità che coattivamente ne cura l'osservanza. Se non che quel chiarissimo professore sostiene, che quest'autorità è nei primi tempi un giudice, più tardi un legislatore. Dice egli infatti in altro suo lavoro, che qualunque norma può diventare *giuridica* sol che anticamente un giudice l'applichi, oggi una legge la contempra; che il diritto si forma con un processo di assorbimento che mano mano fa il giudice degli usi e fatti preesistenti (2).

Noi non crediamo che possa accogliersi la dottrina del Cogliolo, perchè non abbiamo elementi di fatto che ci autorizzino ad ammettere come principio storico-filosofico, che la sentenza del giudice abbia trasformato la semplice consuetudine in consuetudine *giuridica*. Volgiamo infatti per un momento lo sguardo a Roma. Nei tempi preistorici, quando ancora lo Stato non si era costituito, ma esistevano solo le tribù, i padri di famiglia provvedevano ai bisogni delle proprie famiglie e dirimevano le controversie, che potevano sorgere fra i molti membri che la

(1) Vedi i nostri *Saggi di filosofia giuridica* ed i *Prolegomeni allo studio del diritto di repressione*.

(2) COGLIOLO, *L'evoluzione darwinistica nel diritto privato*.

costituivano: il tribunale domestico, che servi di freno agli eccessi di potere del padre di famiglia, non era che un corpo consulente: onde le consuetudini seguite dai padri di famiglia e da essi stabilite non possono considerarsi come consuetudini giuridiche. I capi delle tribù esercitarono una giurisdizione, ma essa concerneva piuttosto i rapporti esteriori; nè le norme da loro stabilite possono considerarsi come norme emanate da un giudice. E quando più tardi le tribù si fusero e ne venne fuori il *populus romanus* sotto la direzione di un capo detto *re*, costui ebbe nelle sue mani i più importanti poteri per il mantenimento dell'ordine sociale, fra i quali quelli di giudicare e di fare leggi. E qui si noti, che questi due poteri non furono confusi, ma distinti, l'uno dall'altro. Dall'esercizio di ambedue i poteri nacquero diritti, perchè anco il re giudicando su una controversia particolare determinava la sfera di azione dei due contendenti, e le azioni da loro compiute nei limiti segnati dal re divenivano legittime e quindi *giuridiche*; ma le vere norme giuridiche apparirono in Roma, non coll'esercizio del potere di giudicare del re, ma coll'esercizio del potere di fare leggi, perchè la legge è norma generale ed obbliga tutti i cittadini. Dunque, non crediamo esatto il dire che i diritti e le norme giuridiche siano nati colle sentenze dei giudici, e riteniamo che debba dirsi che coi giudizi dei capi si stabilirono le consuetudini giuridiche, e che i diritti nel vero senso della parola nacquero colla statuzione di norme generali fatte dal capo sociale ed imposte agli associati.

Il Maine per sostenere, che le consuetudini giuridiche abbiano origine colle *sentenze*, ricorda che la Temi di Omero è una divinità ispiratrice delle sentenze degli Dei e dei re, e che la successione di queste sentenze simili per casi

simili genera il costume, e che in Omero non si trova la parola *nomos*; mentre il Leist crede, che le *sanzioni religiose* precedano la formazione delle consuetudini. Queste opinioni, come è facile vedere, hanno un fondamento di vero, perchè consuetudini si sono formate sotto l'influenza sacerdotale e per i giudizi di capi politici, ma non può sostenersi come principio generale, che sanzioni religiose e sentenze di giudici siano state le sole sorgenti delle consuetudini giuridiche.

Le consuetudini giuridiche adunque, a nostro avviso, furono la materia gregia, sulla quale lavorarono i capi politici e religiosi, per formolare le leggi scritte e non scritte, e servirono come elementi materiali per la formazione del diritto. E quelle consuetudini ebbero origine non per virtù delle sole sentenze dei giudici e delle sanzioni religiose, ma anco per la ripetizione di atti eseguiti con uniformità e costanza dalla maggior parte dei membri delle comunanze. Le sentenze dei giudici e le sanzioni religiose valsero a creare, quel che il Bagehot chiama la *fibra della legalità* (1).

E quando sorsero capi politici o religiosi, che stabilirono leggi, e nacquerò, come abbiamo detto, i diritti nel vero senso della parola e le vere norme giuridiche, quelle *consuetudini*, che non vennero abrogate e furono quindi rispettate ebbero tanta importanza quanto le leggi, e i diritti, e le norme per esse riconosciute divennero veri diritti e vere norme giuridiche. Questa nostra considerazione ha la sua conferma, se non ci inganniamo, in un frammento di Giuliano, in cui leggesi; *inveterata consuetudo pro lege*

(1) Vedi il nostro lavoro *Prolegomeni allo studio del diritto di repressione*.

non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. In questo frammento si parla del suffragio del popolo, perchè in Roma, per la speciale costituzione politica, il popolo avea gran parte nella formazione delle leggi; ma il principio in esso stabilito, che cioè debba ritenersi legge tutto ciò, che da lungo tempo è stato praticato e non respinto dal suffragio popolare, conferma quel che noi abbiamo detto, cioè, che quando sorgono capi legislatori le consuetudini non abrogate sono vere sorgenti di diritti e di norme giuridiche. Quel frammento anzi dà tanta importanza alla consuetudine, che stabilisce, che *etiam tacito consensu omnium per desuetudinem leges abrogantur*. Ma questa forza abrogante attribuita alla consuetudine è un fenomeno speciale alla vita giuridica del popolo romano, di cui bisogna ricercare la causa nel carattere di quel popolo: esso però non toglie efficacia alle considerazioni sopra fatte.

Ma quali fra le tante consuetudini di un popolo sono destinate a divenire consuetudini giuridiche? Quelle senza dubbio, che riguardano le azioni tendenti alla soddisfazione dei bisogni più impellenti dell'esistenza ed alla conservazione dei vincoli sociali. E ciò possiamo indurlo, considerando il diritto nello stato attuale di civiltà. Esso abbraccia quella parte dell'attività umana, che è condizione necessaria per la conservazione ed il miglioramento dell'individuo e del corpo sociale.

La sola differenza sta in questo, che per i popoli poco avanzati nella civiltà la parte più importante dell'attività umana è rivolta al conseguimento dei semplici mezzi di vita, e quindi il diritto regola le azioni più ordinarie della vita individuale, mentre presso i popoli civili il diritto abbraccia quelle più elevate manifestazioni dell'attività umana, che sono condizione necessaria per la conservazione ed il perfezionamento.

Da quanto abbiamo detto è facile rilevare, che lo studio delle consuetudini è importantissimo per dare un esatto svolgimento alla storia del diritto romano, specialmente quando si considera, che alla consuetudine si è attribuita dal popolo romano una efficacia giuridica particolare, che non trova riscontro presso altri popoli dell'antichità.

Si noti inoltre, che nello studiare le consuetudini giuridiche bisogna scrutare anco attentamente il momento, in cui essi divengono tali, da *semplici* consuetudini che erano, ed il momento in cui cessano di essere consuetudini giuridiche, per divenire o consuetudini semplici o leggi giuridiche nel vero senso della parola. Dopo tale ricerca si può scrivere la vera storia del diritto romano. Così, ad esempio, la *confarreatio* era una forma antichissima per contrarre matrimonio ed acquistare la *manus*, formalità avente un carattere religioso. Da semplice consuetudine *religiosa* divenne una consuetudine *giuridica*, ma più tardi collo svolgersi dei matrimoni *liberi* venne meno.

Non è inutile osservare qui, che la formazione delle consuetudini, la trasformazione della consuetudini semplici in consuetudini giuridiche, il passaggio delle consuetudini giuridiche in consuetudini semplici, e la loro estinzione sono fenomeni sociali soggetti alla legge dell'adattamento, di eredità, ecc. Nella lotta, che i popoli sostengono per adattarsi allo ambiente di vita, compiono talune azioni,

le quali sono costantemente ripetute dai posterì, finchè immodificato resta l'ambiente di vita, ma al mutarsi di questo modificasi la condotta umana, e quindi anco le consuetudini. Ed è dovere perciò dello storico del diritto romano stabilire questi rapporti tra le vicende consuetudinarie giuridiche e le mutazioni dell'ambiente, tanto *fisico*, quanto *sociale*.

III.

Il fatto ed il diritto

La storia del diritto romano, come già si è detto, ha grande importanza per la *sociologia* ed anco per la *filosofia del diritto*, perchè ci offre occasioni varie per vedere come i diritti e le norme giuridiche ebbero origine e si svolsero; e basterebbe ciò che precedentemente si è esposto intorno alla consuetudine per fare ciò rilevare. Ed or aggiungiamo, che lo storico del diritto romano deve usare somma cura a distinguere il *fatto* dal *diritto* per darsi ragione di alcuni istituti giuridici e, in generale, del completo svolgimento del diritto.

Ex facto oritur jus: ecco un principio, che ci addita la origine del diritto ed il suo processo evolutivo. Dapprima non vi sono che semplici azioni, tendenti alla soddisfazione dei bisogni umani; la loro ripetizione uniforme e costante dà origine alle consuetudini. Ecco tanti fatti puramente naturali, non *giuridici*, perchè non vi è il riconoscimento tacito od espresso di capi religiosi o politici. Col riconoscimento da parte di queste diverse autorità si attua la conversione dei fatti naturali in fatti *giuridici* o *diritti*, o, come dicemmo in altro luogo, i bisogni *bioetici*

si convertono in fenomeni giuridici. I vari poteri del padre di famiglia, prima di divenire poteri giuridici, furono semplici fatti naturali, e col riconoscimento della legittimità di essi da parte dei re o di altra autorità divennero fatti giuridici o diritti, ed ecco il *jus vitæ et necis*, il *jus vendendi*, ecc.

Il Cogliolo, che dà anche grande importanza alla distinzione fra il *fatto* ed il *diritto* per la retta intelligenza del diritto romano, ricorre ad essa per risolvere la celebre disputa, se il possesso sia un *fatto* od un *diritto*. Egli ritiene, che il possesso distinto dalla proprietà rimase semplice *fatto* per molto tempo e diventò *diritto* con gli *interdetti*.

Esatta è cotesta osservazione, perchè il possesso divenne realmente un diritto colla creazione dello interdetto possessorio. Il Cogliolo però non si è spinto oltre per fare rilevare la origine dei due istituti giuridici, del *possesso* e della *proprietà*. In origine non vi fu distinzione fra proprietà e possesso: la *manus* comprendeva tutto. È col tempo che si distinguono i due elementi integranti di ogni diritto, cioè l'elemento *materiale* e l'elemento *formale*, ed accanto alla proprietà sorge il *possesso*, che nella sua origine non è che un semplice *fatto*. E quando si creano gli interdetti questo fatto diviene un diritto (*jus possessionis*) ed il possesso presenta allora i due elementi integranti d'ogni diritto, cioè lo elemento *materiale* e l'elemento *formale*, che è la *protezione*. Resta tuttavia una differenza fra il diritto di proprietà ed il diritto di possesso, perchè questo ultimo offre alla persona, a cui spetta, alcuni vantaggi solamente e può essere mezzo al conseguimento del diritto di proprietà, quando vi concorrono talune condizioni (1).

(1) Vedi ciò che diremo fra breve intorno al *possesso*.

Il *fatto* ha importanza non solo per lo studio dell'elemento materiale dei diritti, ma anco per farci rettamente apprezzare il valore e l'estensione dei diritti. Valga il seguente esempio: il *paterfamilias* avea il *jus vitæ et necis*, ma questo diritto ebbe limiti nella coscienza pubblica del popolo romano, e se non si tiene conto di questo fatto, come bene osserva Ihering, il *paterfamilias* assume il carattere di *terror familiae*, ciò che non corrisponderebbe alla realtà delle cose.

E per la sopradetta distinzione fra il *fatto* ed il *diritto* noi riteniamo erronea l'opinione di coloro, che sostennero che l'*actio* abbia creato il *jus* nei tempi antichi. Ed invero ammesso, che colle sentenze dei giudici si siano creati i diritti, l'azione spiegata innanzi ad essi non poteva avere il carattere di *giuridicità* prima che la sentenza fosse pronunziata. L'azione, senza dubbio, ha preceduto il *jus*, ma l'azione come *fatto*, non già l'azione come *diritto*, perchè prima del riconoscimento del diritto da parte del giudice non vi è azione *giuridica*. Il Windscheid sostenne, che l'azione nel diritto romano è il diritto stesso e non conseguenza di esso (1). Ma neppure questa opinione ci sembra esatta, se la si vuol fare valer anco per i tempi antichi di Roma: imperocchè quando il sistema giuridico è stabilito presso un popolo, l'azione è il diritto stesso, ma nei tempi primitivi di formazione del diritto, quando le consuetudini giuridiche hanno origine colle singole sentenze, no; è dopo queste che l'azione acquista il carattere di *giuridicità*.

(1) WINDSCHEID, *Die actio des Rom. civ.* 1856.

IV.

Il possesso

Non intendiamo occuparci estesamente del possesso considerato nella storia del diritto romano, ma solo stabilire alcune idee fondamentali, come già precedentemente abbiamo fatto, da servire per uno studio storico di esso.

Molto si è discusso per ricercare la origine storica del possesso, e niuno ignora come due opinioni si possano dire prevalenti, quella di Niebuhr seguita da Savigny e da altri e quella di Puchta seguita anco da altri romanisti. Secondo Niebuhr il possesso ebbe origine colle concessioni dell'*ager publicus* fatte ai privati. A costoro spettava solo il godimento dell'*ager*, e quindi nel caso di controversia o di offesa a tal godimento si dovette sentire il bisogno di un mezzo di tutela, e questo mezzo si trovò nell'*interdetto pretorio*, ed ecco l'origine del possesso (1). Questo interdetto fu applicato prima all'*ager vectigalis*, e poi all'*ager privatus*. E le controversie doveano essere frequenti fra coloro che occuparono l'*ager publicus*, poichè di quei campi, come scrive Hyginus, « nullum est aes, nulla « forma, quæ publicæ fidei testimonium possessoribus reddat, quoniam non ex mensuris actis unusquisque (miles) « modum accepit, sed quod aut excoluit aut ex spe colendi occupavit ».

Puchta sostiene invece, che l'istituto del possesso sia

(1) NIEBUHR, Histoire romaine, part. II.

nato, quando in occasione di rivendica vi fu incertezza sul possesso e bisognò risolvere la quistione su questo fino alla decisione sulla proprietà: da quel momento, dice egli, il possesso si considerò come esistente per sè e come contrapposto alla proprietà.

È utile qui ricordare, che la formula più antica che si applicava nella maggior parte delle liti private era la *legis actio sacramento*, ed il *sacramentum*, cioè la scommessa o una somma di danaro, era fondamento di tutta la procedura. Trattandosi di azioni reali l'oggetto controverso dovea essere presente *in jure* se mobile, se immobile il magistrato si recava insieme alle parti sul luogo, dove esso era sito. Qui giunti l'attore *rem ipsam adprehendebat* ponendovi sopra un bastone (*festucam*), simbolo del dominio, affermava spettargli il diritto su di essa, pronunziando la formula solenne (*meum esse* ecc.) La stessa formalità adempivasi anche dal convenuto, e quindi seguiva con formole anco solenni la sfida al *sacramentum*.

Il magistrato poscia assegnava il possesso della cosa ad una delle parti fino alla decisione della lite (*vindicias dicebat*). E qui fa d'uopo ricordare le parole di Gaio: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructum* (1). Come si vede, Gajo parla di possesso come qualche cosa di distinto dalla proprietà lungo la procedura giudiziaria, di cui abbiamo fatto parola. Ed il Puchta ritiene perciò, che il possesso come istituto ha origine con tale procedimento giudiziario.

Ma fu osservato contro queste dottrine; 1° che nelle

(1) GAIO, II, 23.

leggi romane non si fa parola mai di interdetti riguardo all'*ager publicus*; 2° che per regolare il procedimento di rivendicazione non vi era bisogno degli interdetti, perchè vi erano le *vindiciae* o le *manus consertae*: 3° che vi sono testi, che dichiarano in modo esplicito essere stati gli interdetti creati per difendere direttamente il possesso. È utile ricordare in appoggio dell'ultima osservazione i seguenti testi: (*l. 2 uti possidetis, 43, 17*) *qualiscunque possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet*; (*l. 1 § 2 uti possidetis, 43, 17*) *separata esse debet possessio a proprietate*; (*l. 12 § 1 de acq. pos. 41, 2*) *nihil commune habet proprietatis cum possessione*.

Nè si restano qui le discordie fra gli scrittori, e perciò il Padelletti credette meglio dire: a tante ipotesi è preferibile la confessione di ignoranza sulla origine storica del possesso, tanto più che il carattere, lo spirito e la estensione degli interdetti possessori nell'editto non rispondono assolutamente a quei pretesi inizi. Ed osserva a proposito, che mentre il possesso dell'*ager publicus* e quello attribuito dal magistrato nelle *vindiciae* hanno una base legittima, negli interdetti il possesso è tutelato assolutamente per sè stesso, anche quello del ladro.

Dinanzi a così esplicita dichiarazione fatta da un illustre romanista sembra arrischiata qualunque altra ricerca storica, non di meno bisogna tentare. Noi faremo brevissime considerazioni.

Non neghiamo, che la origine storica del possesso sia molto oscura e controversa, come ben afferma il Professore Miraglia, ma non possiamo ammetter come principio generale con lo stesso scrittore, col Filomusi Guelfi e con altri, che la nozione stessa del possesso presupponga

l'esistenza del dominio privato (1). Il possesso è un fatto che può sussistere anco là dove predomina il principio pubblico ordinatore della proprietà, come a Sparta, perchè quivi essendo permesso il godimento delle cose, senza il riconoscimento del possesso (fatto *psico-organico*) si renderebbe impossibile il godimento. Onde noi crediamo che nell'ordine storico, risalendo alle origini dell'umanità, il possesso immobiliare come *fatto* precedette la proprietà, perchè è la prima manifestazione dell'attività umana, che tende a procacciarsi le cose per la soddisfazione dei bisogni (la *ctesi naturale* di Aristotele). Il diritto di proprietà sorge più tardi, quando cioè col possesso concorrono talune condizioni (lavoro, forza, ecc.), e dall'autorità sociale si riconosce spettare legittimamente la cosa a chi la possiede o a chi la produce.

Costituitasi la proprietà presso i varî popoli, il possesso come *fatto* non è di regola che la esterna manifestazione della proprietà; ma può apparire anche come fatto distinto dalla proprietà per quella legge di evoluzione, di cui sopra abbiamo fatto parola. Ed infatti si dà il caso che il proprietario conceda ad altri il possesso della cosa, o che altri si impossessi della cosa altrui contro la volontà del proprietario. Allora si genera la distinzione fra il possesso ed il diritto di proprietà.

Or bene, dal momento in cui l'autorità sociale riconosce la legittimità di cotesta distinzione, il possesso da semplice fatto diviene un *diritto*, in altri termini, un *fatto giuridico*: il quale fatto giuridico, lo ripetiamo, può

(1) MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*: uno dei migliori lavori, in cui si tien conto delle idee scientifiche moderne e si fa di esse una retta applicazione alla scienza del diritto.

sussistere anco là dove la proprietà del suolo spetti allo Stato e non esista la proprietà individuale.

Filomusi-Guelfi ci ricorda una legge di Locri attribuita a Zaleuco, per la quale si garentiva al possessore la cosa controversa posseduta per un certo tempo, senza contrasto, fino all' esito della lite (1). Non importa la condizione, sotto la quale era dichiarato legittimo il possesso per questa legge, basta per il nostro assunto il fatto che il possesso venne riconosciuto come legittimo indipendentemente dalla proprietà. Lo stesso illustre giurista ci ricorda un passo di Aristotele, in cui si dichiara essere principio di giustizia preferire il possessore a chi si pretende proprietario, fino all' esito della lite. Dal che apparisce anco, che il Puchta non sostenne una stranezza, se affermò, che l' istituto del possesso nacque, quando vi fu incertezza sul possesso in occasione di una rivendica.

Premesse queste idee, la via alla risoluzione del quesito storico ci sembra alquanto appianata, perchè noi ci possiamo elevare alla ragione, che ha potuto determinare i magistrati romani a riconoscere la legittimità del possesso distinto dalla proprietà, ad elevare il fatto naturale a fatto *giuridico*. La difficoltà sta nel determinare questo momento storico; onde ci domandiamo: la origine dello istituto del possesso risale alla concessione dell' *ager publicus*? ovvero al tempo in cui si senti la necessità di proteggere la condizione del possessore nei giudizi di rivendicazione? Vediamo.

Si è già detto, che fin dai primi tempi di Roma erasi costituita la proprietà col carattere di proprietà familiare

(1) Cita il WASCHMUTT, *Hellenische Alterthumskunde*, vol. 2. Vedi anco la sua opera, *Enciclopedia giuridica*.

concentrata nel *paterfamilias*, il quale poteva disporre a suo arbitrio. E parrebbe, che nell'antico diritto romano il possesso, come fatto distinto dal dominio, non potè essere riconosciuto. Importanti sono sul proposito le seguenti espressioni di Gajo: *ex jure quirilium unus quisque dominus erat aut non intelligebatur dominus* (1). Ma da altro lato la storia ci ricorda, che fin dalle prime conquiste fatte sotto la monarchia, l'*ager* delle città conquistate era distribuito ai privati per goderne, salvo il diritto di proprietà spettante allo Stato, che poteva disporre a piacere; dunque non è strano lo ammettere che colla distribuzione di quell'*ager* si fosse già concepita la distinzione del *possesso* dalla *proprietà*.

Controversie doveano sorgere, come già abbiamo osservato, ed ecco il bisogno dell'opera del magistrato per dirimerle. Ed infatti gli scrittori ci fanno menzione dell'interdetto *de loco publico fruendo* (2).

La origine degli interdetti è antichissima, e noi crediamo che essi dovettero sorgere quasi contemporaneamente alle *legis actiones*. Gajo scrive a proposito degli interdetti, che il pretore *auctoritatem suam interponebat*. E perchè domandiamo noi facea ciò, invece di dare un'azione di legge?

Perchè al tempo del rigorismo delle formole processuali il pretore non poteva fare uso della sua *giurisdizione* (*jurisdictio*) oltre i casi espressi dalla legge e fuori delle forme da essa prescritte, e siccome molti casi di

(1) GAIO, II, 40.

(2) Anche il DERNBURG. (*Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des Römischen Rechts*) ha sostenuto, che il concetto del possesso distinto dalla proprietà è sorto dalla *possessio* dell'*ager publicus*.

controversia restavano fuori della difesa della legge, il pretore si avvaleva dell' *imperium et interponebat auctoritatem suam*. Antichissima è adunque la origine degli interdetti.

Ciò premesso, a maggior chiarezza di quanto vogliamo esporre, ci domandiamo; l'interdetto *de loco publico fruendo* è il primo interdetto *possessorio* pronunziato dal pretore?

A questa domanda non può darsi una risposta affermativa e categorica, perchè ci mancano elementi di prova, e perchè non è strano il concepire la possibilità, che anco nel *dominio quiritario* fossero nate controversie di possesso. È vero che Gajo dice: « *ex jure quiritium unusquisque dominus erat aut non intelligatur dominus:* » ma ciò non toglie la possibilità di una controversia tra un *paterfamilias* ed un altro *paterfamilias* per usurpazione di suolo, per concessione a solo scopo di godimento ecc. Il fatto è previsto nella legislazione di Locri, è contemplato da Aristotele, ed è possibile anche nel sistema di proprietà dei romani. Per dare una risposta risolutamente affermativa o negativa alla sopra detta domanda bisognerebbe penetrare troppo a fondo nella vita intima del popolo romano antico, ma ciò è impossibile. Onde ci sembra che la opinione del Niebuhr possa accettarsi come la più probabile, ma non come certa. Osserviamo però: 1° che questa certezza difficilmente potrà aversi, perchè l'intima vita giuridica del popolo romano antico non ci è molto nota; 2° che la origine del possesso risale a quel momento storico, in cui si apprese come possibile la distinzione fra la proprietà e la detenzione della cosa; 3° che il possesso come *fatto naturale* divenne un *fatto giuridico* col *interdetto*; 4° che i testi del diritto romano concernono quasi tutti controversie fra privato e privato in epoche,

in cui il sistema giuridico quiritario avea acquistato un certo svolgimento; 5° che col tempo gli interdetti possessori si accrebbero in numero ed in estensione.

E da tutto ciò si vede, come le opinioni di quegli altri scrittori, che danno diversa origine al possesso, non debbano ritenersi strane, perocchè esse sono solo difettose in quanto concernono tempi più progrediti del diritto romano, e non risalgono alle vere origini.

Notiamo infine, che le idee sopra esposte hanno una importanza per risolvere l'altra questione sulla *ragione* determinante la *protezione* del possesso. Moltissime sono le opinioni su di essa, forse quanto quelle riguardanti il fondamento razionale del diritto di punire (1). Ma esse si fondano su considerazioni fatte su testi concernenti questioni sorte in epoche progredite del diritto romano. Non diamo la dimostrazione di ciò, perchè ci siamo proposti in questo studio di dimostrare in qual modo debba essere trattata la storia del diritto romano. Diciamo solo, che, ammessa la origine degli interdetti nel modo sopra esposto, si vede che l'interdetto possessorio apparve nella evoluzione giuridica dei romani come un mezzo particolare di risolvere una controversia, per la quale non potevasi dal pretore esercitare la *jurisdictio*. Tutte le altre opinioni, per le quali si attribuisce ora una ragione speciale ora un'altra alla protezione del possesso, possono essere in parte accolte, qualora vengano riferite ad epoche, in cui il diritto romano era già alquanto progredito.

(1) Vedi fra i principali scrittori, SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*; IHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*; BRUNS, *Die Besitzklagen des rom, und Heutigen Rechts*; PADELLETTI nell' *Arch. Giuridico*, XV.

V.

Obbligazioni-contratti

In altro nostro lavoro abbiamo scritto, trattando del *contratto*; 1° che nell'uomo è una tendenza a procacciarsi le cose utili alla soddisfazione dei propri bisogni (detta *ctesi naturale* da Aristotele); 2° che questa attività naturale procacciatrice col mutarsi dell'ambiente esterno e dei bisogni umani subisce un processo di differenziazione, e che le due prime manifestazioni di questo processo furono la funzione psico-organica *produttrice* e la funzione *distributtrice*; 3° che dallo svolgimento della funzione distributtrice derivarono i fenomeni dello scambio: 4° che il contratto è uno dei modi principali, coi quali lo scambio può attuarsi; 5° che esso assunse forme varie coll'evolversi dei bisogni umani e col mutarsi delle circostanze esterne: 6° che dapprima il contratto ebbe per oggetto cose *mobili* e più tardi cose *immobili*, ecc. ecc. Or bene, in tutto questo vi è la prova più evidente della legge di evoluzione, poichè dalla *ctesi naturale (omogeneità incoerente)* si è passato alla funzione *produttrice e distributtrice (eterogeneità coerente)*, da quest'ultima (omogeneità incoerente, rispetto alle ulteriori differenziazioni) è venuto fuori il contratto ed altri atti giuridici, ecc. ecc. (1).

Nella storia del diritto romano noi constatiamo anchiaramente l'impero di questa legge d'evoluzione, con-

(1) Vedi, i nostri *Saggi di filosofia giuridica*.

siderando le obbligazioni ed i contratti. Noi ci occuperemo di questi per determinare l'ordine cronologico, col quale essi si svolsero, sebbene molte difficoltà si incontrino per mancanza di esatte notizie storiche.

Nei primi tempi di Roma, come si osserva presso ogni popolo antico e presso i popoli incivili moderni, non eravi distinzione tra diritto *reale* e diritto *personale*. Scrive egregiamente sul proposito il Maine, che *la separation du droit des personnes et du droit relatif aux choses ne a pas de sens dans l'enfance du droit*. E così fu anco per i romani. Infatti noi abbiamo osservato, che in tempi antichi il *paterfamilias* avea esteso potere sulle persone e le cose che faceano parte della famiglia (*manus*), che più tardi questo potere supremo si è differenziato in altri poteri distinti. In quei tempi figli, servi, cose, tutto, in somma, era *in manus patrisfamilias*, e l'antichissima voce *vindicatio*, come ben dice il Voigt, non significò il diritto sulle *cose*, ma qualunque azione (1).

La necessità di soddisfare i bisogni della vita dovette spingere allora i padri di famiglia a stringere relazioni fra loro, le quali indubbiamente furono semplicissime. La permuta, o lo scambio di una cosa coll'altra, dovette essere la primitiva forma, colla quale si manifestò la funzione naturale *distributrice*, di cui sopra abbiamo fatto parola, e la voce *mancipatio* (*manu-capere*) dovette indicare il passaggio di una cosa dalle mani di uno in quelle di un altro. Cicerone ci attesta, che *mancipium* probabilmente fu il più antico nome per indicare il *dominio*, ed esso, in conseguenza della *manus* spettante ad ogni individuo *sui juris*, si adoperò per indicare tanto il pas-

(1) VOIGT, XII TAF.

saggio delle cose propriamente dette, quanto quello delle persone *alieni juris* da un individuo all' altro. La formalità che più tardi si eseguiva nel compiere la *mancipatio* è la prova più sicura di ciò che diciamo. Scrive infatti Gajo: *mancipatio est autem imaginaria quædam venditio, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus et præterea alio ejusdem condicionis, qui libram æneam tenet, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, æs tenens, ita dicit: hunc ego hominem ex jure quirilium meum esse ajo isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra, deinde ære percutit libram idque æs dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco* (1). È facile osservare, che nei primi tempi, a cui noi ci riferiamo, tale formalità non vi era ancora per la *mancipatio*, ma l' oggetto di essa risulta evidente da questa formula tramandataci da Gajo. E noi già lo abbiamo detto; tutti gli istituti giuridici nella loro origine non furono altro che semplici *fatti*, ed assunsero il carattere giuridico quando furono regolati con norme speciali dal potere sociale. La *mancipatio* infatti nella sua origine non fu che un semplice atto materiale di consegna.

Accresciutisi i bisogni e le relazioni degli antichi romani, la *mancipatio* semplice, quale noi l'abbiamo descritta, non poteva essere più sufficiente per la necessità della vita. Non sempre si trattava della mera consegna d'una cosa, ma anco di *fare* qualcosa o di stringere altre relazioni, o di fare consegne di cosa sotto talune condizioni. Furono necessarie allora nuove forme per isvolgere la funzione *distributrice*.

(1) GAI0, IV, 12.

Secondo il Cogliolo la prima ad apparire è stata la *fiducia*, la quale accompagnava la *mancipatio* (1). La *fiducia* rappresenterebbe la forma più rudimentale del credito, perchè per essa la cosa destinata a garanzia di un obbligo passava con l'atto della *mancipatio* in mano del creditore, il quale con un patto accessorio prometteva di rimanciparla, cioè restituirla quando fosse stato soddisfatto. Ancora il *pignus*, per il quale si dava al creditore un potere non giudiziario, come per la *fiducia*, ma di fatto sulla cosa, non era nato (2). Ritene però e giustamente il Padeletti, che in un primo periodo il sentimento fortissimo della lealtà e dell'onore bastò a tutelare il debitore, e che in un secondo periodo ebbe luogo l'*actio fiduciae*, quando l'esperienza mostrò, che non sempre i creditori mantenevano il patto. Soggiungiamo noi, che coll'*actio fiduciae* la *mancipatio* con *fiducia* divenne un fatto giuridico. Cicerone ci ha conservato le due formule del contratto e del giudizio di fiducia, e sono le seguenti: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem — ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*.

Ma davvero i contratti fiduciari sono stati le prime forme di obbligazioni susseguenti alla *mancipatio* semplice? Facilmente, perocchè la *fiducia* è compagna alla *mancipatio*. Certezza storica però non abbiamo; certo solo è che la *fiducia* è forma antichissima di contratto, e non è improbabile, che sia coesistita con altre forme di contratto, di cui faremo parola. Notiamo solo, che colla *fiducia* incomincia a delinearasi quel processo di differen-

(1) COGLIOLO, op. cit.

(2) Alcuni scrittori erroneamente, secondo noi, sostengono che il *pignus* sia antico. Vedi Voigt, *Jus naturale*.

ziazione, che più tardi servi a distinguere i diritti *reali* dai diritti *personali*, perchè *actio fiduciae* era l'azione per la quale il debitore offrendo il prezzo poteva chiedere la rimancipazione, finchè la cosa non fosse venduta, e quindi è azione essenzialmente personale.

Altra forma di contrattare nei tempi antichi e contemporanea, crediamo noi, alla fiducia, ha dovuto essere la *sponsio*, di origine piuttosto *sabina*, come si sostiene da alcuni. La *sponsio* fu una convenzione verbale di prestazione, e nella maggior parte dei casi, di prestazione pecuniaria. Essa si faceva mediante una formale domanda e risposta sancita con giuramento. Come si vede, questa forma di contrattazione nella sua origine rivestì un carattere religioso, che più tardi, come mostreremo, scomparì.

La formola solenne della domanda e della risposta ha dovuto essere la seguente, che apparisce nella formola della *stipulatio*, forma di contrattazione dei tempi storici e, a quanto pare, trasformazione della *sponsio*. Il creditore domandava: « *spondes mihi dare centum?* Il debitore rispondeva: « *spondeo* ».

La *sponsio*, come si è detto, era una promessa formale di prestazione per lo più pecuniaria, e, secondo il Cogliolo, dovette servire per quelle promesse, che non potevano essere elevate a diritto, perchè non potevano essere rivestite della forma della *mancipatio*, e ricorda a prova della sua opinione, gli *sponsali*, la *sponsio tertiae partis*, la *fidejussione per sponsionem*. Noi crediamo, che sia meglio ritenere che la *sponsio* al pari della *fiducia* e di altre forme di contrattazione siano posteriori alla *mancipatio* semplice, e che siano il prodotto della evoluzione compiutasi nei bisogni umani. I rapporti privati non potevano più col migliorare delle condizioni di vita del popolo romano ridursi alla semplice forma della *mancipatio*, che era il simbolo

del più forte dominio, e che durò solo per quel periodo di tempo, in cui l'*attività procacciatrice* umana estrinsecavasi colla *manus*, cioè colla forza materiale. A noi quindi sembra, che il processo evolutivo sia stato questo: 1° *mancipatio* in senso generale: 2° *mancipatio fiduciaria*; 3° *sponsio*. E queste tre forme di manifestazione dell'attività umana allo scopo del conseguimento delle cose utili alla vita sono state determinate da una evoluzione compiutasi nei bisogni del popolo romano e nelle condizioni di esistenza.

Una forma più perfetta della *sponsio* è la *stipulatio*, la quale da Paolo è definita così « est verborum conceptio, « quibus is qui interrogatur daturum facturum se quod « interrogatus est respondet ». (Dig. XLV, 1, 5, 1).

La voce *stipulatio* si fa derivare da *stips-moneta*, perchè, come dice Festo, *stipem esse nummum signatum, testimonium est et id quod datur stipendium militi, et cum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur*.

Pare, che la *stipulatio*, che comparisce nei tempi storici, sia stata l'antica *sponsio* spogliata del carattere religioso, poichè conservò gli elementi essenziali di questa, cioè le formole solenni della domanda e della risposta. Dapprima si usò per le prestazioni di somme di danaro, al quale uso servi anco la *sponsio*, ma più tardi fu estesa ad altri generi di prestazione ed a molte specie di obbligazioni. Infatti colla stipulazione ebbero origine obbligazioni consistenti non solo nel *praestare*, ma anco nel *facere*, ecc. ecc. Cicerone ci ricorda, che le donazioni non ebbero valore senza la forma della stipulazione (1). Da molti frammenti risulta, che di essa si servirono i romani per assicurare l'esecuzione della compra-vendita, della

(1) Vedi SERAFINI, op. cit.

locazione, del mutuo, del deposito, ecc. ecc. Onde ben disse il Padelletti, che la *stipulatio* può considerarsi come il tipo della obbligazione romana.

Dapprima la formola solenne sopra citata fu di estremo rigore per la validità della stipulazione, non si badava ad altro che alla forma, sicchè la stipulazione dava vita ad una valida obbligazione anche quando in essa non veniva indicata la *causa* determinante ed il fine propostosi dai contraenti. Fu posteriormente, che si modificò il rigore di quel formalismo, quando i pretori accordarono la *exceptio doli* a colui, che si era obbligato senza *causa*. È da notare ancora, che quando i romani strinsero molto più frequenti relazioni coi forestieri, non fu di rigore la formola, di cui sopra facemmo menzione, ma si poterono adoperare altre formole che rivelavano l'oggetto della obbligazione. Si ricordano infatti queste formole; *dabis? dabo — fidei tuae erit? fidei meae erit*, ecc. ecc. E finalmente l'imperatore Leone dichiarò valida qualunque formola di domanda e risposta.

Un'altra forma contrattuale è il *nexum*, voce che significava *legame, vincolo potente*. Intorno alla sua definizione non trovasi, a dire il vero, molta chiarezza di idee negli scrittori. Si ricorda la definizione di L. Mucio Scevola, così espressa: *quae per aes et libram fiunt ut obligantur, praeterquam (quae? quum?) mancipio detur (dentur?)*. Dalla quale definizione riferitaci da Varrone risulta, che il *nexum* era un modo di creare obbligazione, ma non già di trasmettere proprietà. E Varrone pare che confermi questo concetto, poichè dice; *hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum fit* (1).

(1) VARRONE, VII, 105.

Intanto è da notare, che il *nexum* si contraeva colle stesse forme solenni, che erano d'uso nella *mancipatio*, e che alcuni scrittori danno una definizione più estesa di quella data da Scevola. Manilio definì il *nexum*: « omne « quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia »; Gallo Elio disse: « nexum quodcumque per aes et libram « geritur, idque necti dicitur: quo in genere sunt haec; « testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio »; (1) ed infine Cicerone scrisse: « nexum quod per aes et libram « geritur ».

Queste ultime definizioni sono dagli scrittori considerate come inesatte, perchè per alcune di esse il *nexum* sarebbe una forma di contrarre obbligazione così estesa quanto la *mancipatio*. Volgendo però lo sguardo alle XII tavole leggiamo: *si nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Dal quale passo rilevasi la distinzione fra il *nexum* e la *mancipatio*, come due forme principali destinate l'una, cioè la *mancipatio*, per la trasmissione della proprietà e di altri diritti immediati di dominio, la seconda, cioè il *nexum*, per le obbligazioni.

Il *nexum* è da considerarsi come un mutuo simbolico; infatti si pesava simbolicamente il danaro sulla bilancia tenuta dal libripende, come appunto si faceva per la *mancipatio*, ecc. Gravissime erano però le conseguenze della obbligazione contratta col *nexum*, perchè, scaduto il termine stabilito per la restituzione della somma, il debitore insolvente perdeva la libertà personale. Il creditore avea il diritto di tenerlo in ceppi nella sua casa, costringerlo al lavoro ecc. ecc. (2)

(1) GALLO ELIO presso FESTO, op. cit.

(2) Non entriamo in particolarità per le ragioni sopra esposte in *Nota*.

Il *nexum*, come si vede, è un'altra manifestazione del carattere militare del popolo romano, al pari della *manus*, della *patria potestas* e di altri poteri del *civis*.

I gravi abusi, che derivarono da questa forma rigorosa di contrarre obbligazione, per l'oppressione esercitata dai patrizi sui plebei, furono causa di una riforma legislativa. Ed infatti colla legge Paetelia Papiria furono liberati coloro che si trovavano nello stato di arresto personale, e fu vietato di potersi stabilire mediante il *nexum* la sottomissione all'arresto per il caso di insolvenza. Non è da ritenersi intanto con alcuni, che con la legge Paetelia sia stata abolita la esecuzione personale e surrogata la esecuzione *reale*, poichè abbiamo notizie storiche di debitori in istato di prigionia (*addicti*) in tempi posteriori, e nella legge Rubria l'arresto personale è considerato come mezzo esecutivo e posto in prima linea. Pare, adunque, che colla legge Paetelia si abolirono i rigorosi effetti del *nexum*; ma è facile vedere, che con tale legge avendo perduto il *nexum* la sua vera importanza cominciò a cadere in disuso, e se troviamo nei digesti la parola *nexum*, ad essa non può attribuirsi altro significato se non quello di obbligazione in generale.

Il seguente quesito ci si presenta qui; il *nexum* che è antichissima forma di contrarre obbligazione fu anteriore alla *stipulatio*? Alcuni scrittori, frai quali il Padelletti, ritengono che il *nexum* e la *stipulatio* furono due forme antichissime di contrarre obbligazioni, che coesistero, mentre Savigny sostiene, che la *stipulatio* fu una nuova forma di contrarre obbligazione nata dopo l'abolizione del *nexum*; il Voigt poi ritiene, che la stipulazione siasi introdotta dopo le XII tavole, e propriamente fra gli anni 311 e 365 di Roma; e siccome la legge Paetelia fu fatta nel 428 di Roma e secondo altri nel 441, così stando

all'opinione di questo illustre romanista, dovrebbero ammettere, che breve fu il periodo, in cui il *nexum* e la *stipulatio* coesistettero.

Più conforme alla realtà storica ci sembra l'opinione di coloro, che ammettono la coesistenza di quelle due forme di contrarre obbligazione, non solo per le ragioni che essi adducono, ma anco per la considerazione, che la *stipulatio* è da ritenersi una forma perfezionata della *sponsio*, la quale è forma molto antica di contrarre obbligazione.

Altra forma antica e sorgente di obbligazione è ritenuta la *expensilatio* o *litterarum obligatio*, di cui ci dà un chiaro concetto Gajo: « Literis obligatio fit veluti nominibus
« transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici
« modo vel re in personam vel a persona in personam. A
« re in personam transcriptio fit velut si id, quod tu ex
« emptiois causa aut conductionis aut societatis mihi
« debes, inde expensum tibi tulero. A persona in personam
« transcriptio fit veluti si id, quod mihi Titius debet tibi
« inde expensum tulero, id est si Titius pro se delegaverit
« mihi ». (1).

Noi non ci inoltriamo a fare un esame completo di questa sorgente di obbligazione, perchè usciremmo dai limiti impostici in questo studio, diciamo solo, che la *expensilatio* fu una forma giuridica, colla quale poteva essere rivestita qualunque obbligazione; che essa ebbe il suo fondamento sulla buona fede dei contraenti; che è di data antichissima, e che più tardi fu circondata di molte garanzie, quando i costumi romani si incominciarono a corrompere, e che nei primi secoli dell'impero cadde in disuso.

(1) GAJO, III, 128.

Non sono concordi però gli storici sull'antichità di questa forma di obbligazione. Voigt crede, che molto tardi essa sia nata, cioè posteriormente al *nexum*, alla *sponsio*, ec. Cogliolo ritiene, che la *literarum obligatio* sia stata antica nell'uso, e sia divenuta dopo il *nexum* contratto giuridico. Il Padelletti la ritiene antica quanto il *nexum* (1).

L'opinione del Padelletti ci sembra più fondata, perchè è fuori dubbio, che il *codex accepti et expensi* fu in uso in Roma da tempi antichissimi e che la *literarum obligatio* fu ritenuta un istituto proprio dei cittadini romani e non del *jus gentium*.

Nei tempi antichi di Roma troviamo altri contratti, per i quali non si richiedevano alcune forme speciali e che presentavano caratteri specifici determinati.

E dapprima ci presentano quelli, che dagli scrittori furono chiamati contratti *reali*, e sono: il *mutuo*, il *concordato*, il *deposito* ed il *pegno*.

Il *mutuo* è un contratto molto antico, perchè non presuppone necessariamente un progresso giuridico. È facile infatti il comprendere, che colla consegna di una cosa fatta ad una persona, perchè questa adempisca ad una obbligazione, l'obbligo in costei ad adempiere nasce per il fatto stesso della consegna.

E dapprima noi troviamo quella forma che fu detta *pecunia credita*, la quale consisteva nel dare una somma di danaro ad una persona coll'obbligo in questa di restituirla nel termine stabilito. L'obbligo della *restitutio* nasceva per il fatto della *datio* e della *numeratio*. E si badi a non confondere la *numeratio* che avea luogo per adempimento di un'obbligazione contratta per precedente stipulazione,

(1) Vedi le opere citate di VOIGT, COGLIOLO, PADELLETTI.

colla *numeratio* avvenuta coll' *animus credendi*, cioè colla numerazione che dava origine al contratto *reale*. Bellissimo è al proposito il seguente frammento; *cum pecunia mutuo data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.* (1) Il pagamento degli interessi non era essenziale al contratto, e quindi se si voleano convenire bisognava di regola ricorrere alla stipulazione. E qui si noti, che il mutuo che dapprima fu ristretto alla semplice prestazione di danaro, più tardi ebbe per oggetto anche altre cose fungibili.

Non entriamo in altre particolarità, perchè usciremmo dai limiti impostici.

In quanto al *deposito* ed al *pegno* diciamo, che questi due contratti hanno lo stesso fondamento giuridico del contratto precedente, e che nei primi tempi solevano essere rivestiti della forma della *mancipatio*. Anche il *commodato*, sebbene avesse per iscopo l'uso di una cosa, è da ritenersi un contratto reale antico, perchè soddisfece ad uno dei bisogni più naturali dei popoli che sono usciti dallo stato di barbarie.

Anche i contratti *consensuali* hanno origine antica, e primo ci si presenta la *compra-vendita*, la quale, trattandosi di alienazione di *res Mancipi*, dovea essere fatta colla formalità della *mancipatio*. Tale contratto perfezionavasi col semplice consenso, e perciò alcuni hanno ritenuto che esso non può esser di origine molto antica; il che non ci sembra, a dire il vero, esatto, perchè il popolo romano non era un popolo primitivo, ma un popolo alquanto avanzato nella via della civiltà.

(1) Dig. XLVI. 2, 7.

La locazione presenta alcuni caratteri comuni colla vendita, e pare che nei primi tempi sia stata confusa con questa. Infatti dice Festo: *venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant*. Essa ha dovuto coesistere con la compra-vendita.

Anche gli altri due contratti, la *società* ed il *mandato*, debbono essere antichi, perchè servono alla miglior soddisfazione dei bisogni umani.

Volgiamo ora uno sguardo rapido ai contratti, di cui abbiamo fatto parola, e tentiamo di stabilire la successione storica, se mai è possibile, e di trovare quindi quella legge evolutiva che governa l'ordine delle giuridiche relazioni.

Se è vero, che la legge di evoluzione importa passaggio dal semplice al complesso o meglio dall'omogeneo incoerente all'eterogeneo coerente, se è vero, che il diritto nel suo sviluppo è sottoposto anco a questa legge, anco nello svolgimento delle forme contrattuali dobbiamo constatare un passaggio dall'omogeneo all'eterogeneo, un processo di *differenziazione*. E se non ci inganniamo, essa si constata, non ostante le difficoltà gravi che si incontrano per determinare il momento storico in cui sia apparso ciascuno degli atti giuridici, di cui brevissimamente ci siamo occupati.

Il Padelletti osserva, che non ostante la semplicità dei rapporti giuridici primitivi le figure delle convenzioni furono abbastanza varie, perchè trovansi che alcune convenzioni per essere valide hanno bisogno di una forma determinata, altre il solo consenso delle parti; per alcune la forma era riposta nella parola, per altre nella scrittura, per altre infine nella solenne testimonianza del popolo. Quanto osserva il Padelletti è fuori dubbio, solo diciamo, che la varietà delle forme non ostante la semplicità dei

rapporti giuridici trova la sua spiegazione nell'influenza esercitata da cause parecchie, che potentemente contribuirono a fare svolgere sotto forme varie il carattere pur militare del popolo romano; e fra queste cause bisogna soprattutto ricordare, la religione, le relazioni coi popoli vicini, la tendenza del popolo romano a fare proprio tutto ciò che osservava di buono nelle istituzioni sociali e negli usi di questi popoli.

Ritenne intanto quell'illustre romanista, che le forme sopracennate delle convenzioni e le convenzioni stesse si trovano nel diritto romano le une accanto alle altre, senza che si possa ben determinare una certa successione storica, e che non è logico il concludere che l'atto dalle forme rigorose abbia dovuto sempre precedere, e l'atto privo di forme debba essere sempre il risultato di epoche posteriori. E pur riconoscendo, che le tre forme più importanti ed appartenenti al diritto romano primitivo siano state il *nexum*, la *sponsio*, la *expensilatio*, afferma che il *nexum* e la *stipulatio* possono aver coesistito colla compra e vendita e cogli altri contratti consensuali.

A queste idee del Padelletti, che dovrebbero servire come criterio per scrivere la storia del diritto romano, si oppongono altri scrittori. Il Danz, per non dire di altri, sostiene, che fino a quando la scienza non ha determinato e riconosciuto la vera e propria *sostanza* giuridica, il concetto *formale* deve necessariamente prevalere, e che col progressivo scoprimento della *sostanza* viene meno l'importanza e la efficacia della *forma*. Ed applicando egli questo principio alla evoluzione storica delle obbligazioni nascenti dai contratti, dice, che i contratti privi affatto di forma e d'indole obbligatoria, per i quali cioè il contenuto giuridico e l'intenzione giuridica costituiscono il solo ed unico criterio della loro validità, non possono

avere esistito se non in un' epoca, in cui la riflessione scientifica abbia a poco a poco acquistato prevalenza sopra la semplice meccanica dello esercizio del diritto; onde conclude, che per i contratti obbligatori non rimane nell' epoca più antica se non l'alternativa della loro completa invalidità e della possibilità di rivestirli delle forme esistenti (1).

Noi crediamo, che vi siano inesattezze nell'una e nell'altra dottrina, che si possono scoprire col soccorso della filosofia scientifica.

Il Padelletti ha ragione quando afferma, che non è logico dire, che l'atto dalle forme rigorose abbia dovuto sempre precedere e l'atto privo di esse essere posteriore; imperocchè devesi ammettere che nei tempi antichissimi semplicissime sono le relazioni fra gli individui e si stringono senza formalità alcuna; le prime forme ad apparire, e solo per alcuni atti, sono le religiose; le giuridiche o giudiziarie vengono molto tardi. Queste ultime suppongono uno svolgimento abbastanza elevato dell'attività psichica ed un'evoluzione nella condotta. La forma, in questo stato sociale, è non solo la prova delle relazioni che si stringono, ma anco la più sicura garanzia. L'applicazione delle forme giuridiche presuppone l'esistenza di un potere sociale dirigente, come già altrove abbiamo dimostrato, e non è difficile che accada, che coll'applicarsi di quelle forme sotto l'impulso dell'autorità sociale, alcuni atti per la loro semplicità o per circostanze speciali che non riesce oggi poter determinare, non vengano sottoposti a formalità speciali. Così, ad esempio, la compravendita di oggetti di poco valore non avea bisogno della

(1) DANZ, *Lehrbuch*, § 139.

forma solenne della stipulazione, e non l'ebbe fino ai tempi di Plauto (1); e parimenti la *permuta*, altro atto semplicissimo di condotta, fu rivestita di carattere giuridico al tempo dei giureconsulti classici.

Con ciò vogliamo dimostrare, che quanto dice Danz in modo categorico non può essere accolto, e solo possiamo ammettere che nei tempi, in cui la riflessione non predomina sui sensi, le forme abbondano e sono rigorose ma che anco lungo questi tempi si compiono atti senza formalità, e non per questo possono dire di data più recente. Il Danz vuol giudicare dei contratti antichi con un criterio, che è ricavato da un confronto fra il modo come si compivano alcuni atti all'epoca delle XII tavole e il modo come si compivano sotto l'impero, o che si ottiene, confrontando le forme degli atti moderni e quelle degli atti del popolo romano; il che non è esatto.

Ma d'altro lato non possiamo ammettere ciò che dice il Padelletti in ordine alla coesistenza delle forme delle convenzioni o delle convenzioni, di cui abbiamo fatto parola, perchè la dottrina stessa di evoluzione respinge tale gratuita asserzione e perchè dati storici la confutano.

Parecchi scrittori, infatti, riconoscendo questa verità, hanno cercato determinare la successione storica dei contratti. Facciamo cenno solamente dell'ordine cronologico stabilito da alcuni di loro.

Il Summer Maine ritiene, che la vendita per *mancipationem* sia stata la prima forma di contratto, che il *nexum* sia antichissimo anche e che in origine servi per

(1) Vedi BEKKER, *De empt. vend. quae Plauti fabulis fuisse probetur*, 1853, e l'altro lavoro — *Loci Plautini de rebus creditis*, 1841. Vedi anche VOIGT, *Jus naturale: KARLOWA, Der röm. Civilproc.*

il trasferimento di proprietà: quindi stabilisce il seguente ordine cronologico:

Nexum.
Contratti verbali.
Contratti letterali.
Contratti reali.
Contratti consensuali (1).

Il Cogliolo segue altro ordine di idee, poichè stabilisce la seguente serie:

Mancipatio o vendita dei diritti della manus.
Mancipatio con fiducia.
Nexum.
Stipulatio.
Literarum obligatio.

Si osservi, che il Cogliolo non stabilisce ordine cronologico alcuno per la distinzione dei contratti *reali*, *consensuali*, ecc., poichè bada solo alla *forma*. Infatti osserva, che i giureconsulti furono quelli che distinsero i contratti che si facevano colla *mancipatio* in varie categorie, fondate più sopra caratteri estrinseci, che sopra elementi sostanziali, e chiamarono contratti *reali*; il *mutuo*, il *deposito*, il *pegno*, il *commodato*, perchè sorgevano dalla consegna della cosa, e *consensuali*; la *vendita*, la *locazione*, il *mandato*, ecc. perchè sembravano consistere più nel consenso. Dimostra perciò, che con la *mancipatio* e colla *fiducia* potevano farsi molti contratti e specialmente i seguenti;

(1) MAINE, *Ancien droit*.

Deposito.
Commodato.
Donatio mortis causa.
Donatio sub modo.
Datio dotis recepticiæ.
Locazione d'opere.
Pegno.
Mutuo.

Osserva, che per il mutuo bastava la forma della *mancipatio* senza la *fiducia*, e si diceva *nexum* (1).

Vi sono poi scrittori, che sostengono, che due furono le forme principali degli atti giuridici; la *mancipatio* per la trasmissione della proprietà e di altri rapporti di dominio, ed il *nexum* per le obbligazioni; e che i più antichi contratti furono i *reali*, e seguirono poscia: il contratto colla forma della stipulazione, i contratti letterali, i consensuali, ecc. ecc.

Noi crediamo, che l'ordine che si possa stabilire sia il seguente:

	Mancipatio semplice	
Mancipatio con formalità	} Expensilatio
Mancipatio con fiducia	Sponsio	
.	Stipulatio, nexum	

Ecco l'ordine cronologico delle forme delle convenzioni che noi crediamo abbia un fondamento storico, per le ragioni che sopra abbiamo esposto, e che non ripetiamo per non renderci noiosi.

Facciamo solo le seguenti brevi considerazioni:

1° che non è possibile determinare l'ordine cronologico

(1) COGLIOLO, op. cit.

dei contratti *reali* e *consensuali*, perchè essi sono molto antichi e servirono per procacciare i mezzi necessari alla soddisfazione dei bisogni più impellenti della esistenza:

2° che la distinzione dei contratti nei quattro generi *re, verbis, literis, consensu*, di cui parla Gajo, non contiene una successione cronologica, come bene ha osservato il Padelletti: ma è una distinzione a scopo di esposizione:

3° che i contratti *reali* si facevano colla forma della *mancipatio* e colla fiducia, nei tempi antichi;

4° che parecchi dei contratti consensuali si facevano colle stesse forme anco nei tempi antichi;

5° che la stipulazione era modo di stabilire obbligazioni per qualsiasi atto giuridico, e quindi anco le obbligazioni che si aggiungono ai contratti *reali*, ecc.;

6° che il *nexum* è da considerarsi un' obbligazione avente efficacia di garentire nel modo più rigoroso e sicuro gli obblighi nascenti dalla *mancipatio* e dalla *stipulatio*;

7° che la *expensilatio* ha dovuto coesistere colle altre forme di contrattazione;

8° che i contratti e le forme particolari di contrarre obbligazioni subirono diverse fasi evolutive nel tempo e che quindi è dovere dello storico descriverle.

Come si vede, noi rigettiamo quasi del tutto come inesatta la classificazione fatta dal Maine ed accogliamo in parte le idee manifestate dal Padelletti, dal Danz e da altri scrittori. Ci sembra poi, che ci avviciniamo di più alla serie storica fatta dal Prof. Cogliolo.

In conclusione diciamo, che non è agevole indicare il momento storico, in cui siano sorti alcuni contratti ed alcune forme di convenzioni; che alcuni hanno potuto coesistere; che uno schema cronologico fino a certo punto è possibile formarlo.

VI.

Dell' esecuzione

. Quella legge di evoluzione, che ci fu dato di constatare collo studio di alcuni istituti giuridici, ha impero anche per le forme processuali, perchè anch'esse manifestazioni della coscienza popolare, che va in cerca dei migliori mezzi per affermare il diritto e rimuovere tutti gli ostacoli che a quest'affermazione si oppongono. Possiamo convincerci di questa verità, volgendo l'attenzione al procedimento esecutivo dei romani.

In tempi antichi, quando ancora lo Stato non è sorto, la forza individuale è il mezzo per respingere gli impedimenti allo esercizio delle facoltà umane ed alla soddisfazione dei bisogni, come è anco il mezzo per respingere le offese e vendicare l'onta patita. E quando poi sorge lo Stato e si stabiliscono norme particolari per regolare le azioni umane e nascono i diritti, allora alcune norme si stabiliscono anco per lo esercizio di questi. E nei primi tempi come i diritti hanno un carattere severo, perchè ancor rudi sono gli uomini che escono dallo stato di anarchia, così anco severe sono le forme stabilite per lo esercizio di questi diritti. Il concorso dei fattori *antropologici*, *sociali* e *fisici*, come altrove abbiamo detto, è causa anco determinante di questo carattere particolare assunto dalle forme processuali. E se volgiamo lo sguardo al popolo romano, troviamo la prova più evidente delle nostre affer-

mazioni, anco limitandoci al solo studio del procedimento esecutivo.

Ed invero nei primi tempi il creditore, quando non viene soddisfatto nella sua legittima pretesa, si rivolge non contro i beni del suo debitore insolvente, ma contro la persona di lui, non già, come credono alcuni, perchè i beni sono un accessorio della persona e l'esecuzione su questa porti necessariamente il possesso di quelli, facendo che i beni passino nel dominio del creditore, ma perchè in quei tempi tutta l'importanza si attribuisce alla persona e non alle cose, e perchè quegli uomini ancor predominati da tendenze selvaggie non giungono a concepire essere un atto di barbarie lo incrudelire contro il debitore, e che col rivolgersi contro i beni si ottiene spesso un risultato più pronto, che non col rivolgersi contro la persona. Ma erano le condizioni di vita di quell'epoca che rendevano impossibile tale concezione. Molto tardi la esecuzione reale prese il sopravvento su quella personale, quando già una evoluzione erasi compiuta nell'attività psichica o, come suol dirsi, nella coscienza del popolo romano e nel sistema giuridico. Vediamo intanto le fasi evolutive del procedimento di esecuzione.

Alcuni scrittori vorrebbero distinguere tre periodi nel trattare di questa materia; il primo, nel quale il procedimento esecutivo è abbandonato all'attività del creditore intieramente; il secondo, nel quale il magistrato concorre col comando e colla direzione al procedimento esecutivo, e finalmente il terzo, nel quale è introdotto il *jus extraordinarium* e la esecuzione della sentenza viene da parte del magistrato. Altri distinguono tre periodi, muovendo da diverso criterio, cioè, distinguono, il periodo in cui prevale l'esecuzione personale, quello in cui prevale la esecuzione reale, ed il terzo, in cui hanno luogo modi

speciali di esecuzione. Non manca chi vuol distinti i periodi del procedimento esecutivo nel modo seguente: 1° dalla sua origine fino alla legge Poetelia; 2° dalla legge Poetelia alla introduzione del *jus extraordinarium*; 3° dalla introduzione del *jus extraordinarium* al diritto giustiniano. Il Voigt propone la distinzione di cinque fasi del procedimento esecutivo romano; 1° dalle origini fino alle XII tavole; 2° da queste alla legge Poetelia; 3° dalla legge Poetelia all'editto di Rutilio; 4° da questo alla legge *Popillia*, alla legge *Iulia* ed altri editti più recenti; 5° da questi ultimi all'editto di Diocleziano (1).

Noi trattando delle diverse divisioni dei periodi della storia del diritto romano, abbiamo dimostrato la inutilità di queste divisioni, anzi la inesattezza di qualsiasi distinzione, perchè non crediamo possibile una partizione nello svolgimento della vita sociale di un popolo e nelle manifestazioni varie di essa. Per conseguenza non crediamo dovere accogliere alcuna divisione di periodi in ordine al procedimento esecutivo, ma riteniamo che bisogna studiarlo nelle sue varie fasi evolutive, rispettando cioè quella legge naturale, che il Romagnosi denominò legge di *continuità*.

La prima forma di procedimento esecutivo che ci si presenta è la *manus iniectio*, per la quale forma l'avente diritto poneva le mani addosso al suo avversario e lo trascinava alla presenza del magistrato. Essa ci rivela il carattere ancor violento del popolo romano, sebbene regolato da norme giuridiche, imperocchè eravi una legge la *legis actio per manus iniectioem*: e ci rivela anco, che precedentemente alla statuizione delle norme giuri-

(1) VOIGT, *Ueber die Geschichte des römischen Execution rechts.*

diche, la forza individuale fu il mezzo unico per l'affermazione delle proprie ragioni.

Per avere luogo la *manus iniectio* bisognava che vi fosse stato un credito fondato sopra una sentenza del giudice, oppure sulla confessione *in jure*, la quale avea la stessa importanza della sentenza. Infatti leggiamo in Gellio; « *confessis igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa quam dis-* »
« *solvent, eosque dies Decemviri justos appellaverunt* »
« *velut quoddam iustitium, idest juris inter eos quasi in-* »
« *terstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus* »
« *nihil cum iis agi jure posset* » (1).

E nelle XII tavole era scritto: « *aeris confessi rebus-* »
« *que jure iudicatis XXX dies justi sunt* ».

Come si scorge dal passo di Gellio e dalla citata legge decemvirale, dopo la sentenza e la confessione *in jure* si accordavano 30 giorni al debitore per cercare i mezzi di soddisfare il creditore. Siccome per i Romani il procedimento giudiziario ha il carattere di una *lotta*, lotta però legale, la quale ci ricorda la lotta *ex lege* dei tempi preistorici di Roma, il tempo accordato al debitore si considera come una specie di armistizio, perchè è vietato al creditore di fare atto alcuno contro il debitore. Ma se trascorsi i trenta giorni, il debitore non ottemperava ai suoi obblighi, il creditore gli poneva le mani addossò pronunziando la seguente formola: « *quod tu mihi iudicatus* »
« *sive damnatus es sextertium decem millia, quae dolo* »
« *malo non solvisti, ab eam rem ego tili sextestium de-* »
« *cem millium iudicatis manus iniicio* » (2).

(1) GELLIO, XX, 1.

(2) Vide GAIO, IV, 21.

E qui si noti attentamente il primo apparire della forma legale del procedimento, che è anco importante per la filosofia scientifica moderna. La violenza ancor non è esclusa per affermare il proprio diritto, l'uso di essa è limitata al caso di sentenza o di confessione *in jure*, e deve usarsi con una formalità particolare, che riveli la ragion del fatto.

La *manus iniectio* avea per iscopo, condurre il debitore innanti al magistrato per chiederne l'aggiudicazione (*addictio*). Quivi il debitore non avea alcun diritto da opporre, solo poteva esser liberato dall'aggiudicazione mediante pagamento (*solutio*) o mediante garanzia prestata da una terza persona (*vindex*). Se nè l'uno, nè l'altra avea luogo, il creditore *suo jure* conduceva nella propria cosa il debitore, per disporre di lui a suo piacere. Sta scritto infatti nelle XII tavole; « post deinde manus iniectio « esto. In jus ducito: Ni judicatum facit aut quis endo eo in « jure vindicit necum ducito ». E Gaio dice: « nec licet « bat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere, « sed vindicem dabat, qui pro se agere causam solebat; « qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et « vinciebatur » (loc. cit.). Nel caso di liberazione del debitore per pagamento o per *vindicem* bisognava eseguirsi anche una formalità solenne, contraria a quella che avea avuto luogo colla *manus iniectio*, e che ci è stata tramandata da Gaio. Essa era la seguente: « quod tibi tot « milibus eo nomine sum damnas, solvo liberoque hoc « aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postre- « mumque secundum legem publicam ».

Triste era la condizione del debitore caduto nelle mani del suo creditore, e la legge per rimuovere il pericolo di sevizie o di crudeltà stabilì alcune norme per regolare la condotta del creditore. Infatti nella legge decemvirale

troviamo determinato il peso dei legami, la quantità del cibo, il tempo della schiavitù, e lasciata libertà al debitore di nutrirsi del suo. Leggiamo infatti nella legge decemvirale: « vincito aut nervo aut compedibus XV pondo « ne maiore aut si volet minore vincito (tab. III, 2.): si « volet suo vivito. Ni suo vivit (qui eum vinctum habe- « bit) libram farris endo dies dato, si volet plus dato « (tab. III. 4).

Il debitore era per due mesi, il doppio del *justitium*, tenuto in servitù, in casa del creditore, e lungo questo periodo egli avea il diritto di accordarsi col suo creditore, e questi avea il dovere di condurre il debitore per tre giorni consecutivi di mercato nel comizio, dove un banditore annunziava al pubblico la somma del debito. Scrive infatti Gellio: « inter eos dies (cioè i sessanta giorni) « trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium pro- « ducebantur, quantumque pecuniae iudicati essent praedi- « cabantur ». (loc. cit.)

Se nessuno presentavasi per liberarlo, il creditore avea il diritto di venderlo, ed anco di ucciderlo, come appunto disponevano le XII tavole. Colla vendita *trans Tiberim* il debitore perdeva la libertà di diritto e diventava schiavo.

Quì è opportuno fare talune considerazioni, che crediamo importanti.

La *manus iniectio* escludeva l'esecuzione sui beni? Padelletti sostiene che sì, perchè l'esecuzione sui beni non fu ammessa per lungo tempo, se non nei casi in cui la esecuzione personale fosse impossibile, come nei casi di fuga e di latitanza, e che l'antico diritto ammetteva solamente una esecuzione particolare sui beni per certi crediti privilegiati di antica data e rivestiti di formole solenni. La dottrina del Padelletti ci sembra accettabile, perchè risponde alla realtà dei fatti. Si ricordi quì, quel che pre-

cedentemente abbiamo detto sullo stato psicologico dei romani di quei tempi, e si troverà la prova chiara della verità delle idee manifestate dal Padelletti. Aggiungiamo poi, che dalla disposizione delle XII tavole *si volet, suo vivito* si scorge anco che coll' *addictio* i beni restavano in potere del debitore e che quindi l' *addictus* era solo soggetto al diritto del creditore. Ed invero qual ragione poteva esservi per rivolgersi ai beni, in quell'epoca, in cui credevasi che il miglior mezzo per ottenere la soddisfazione delle proprie pretese era quello di rivolgersi contro la persona? Energico era il sentimento della individualità, e quindi ritenevasi che nel caso di *addictio* il debitore, avendo beni, per liberarsi dalla servitù avrebbe pagato oppure trovato un *vindex*, e che non avendone, veniva costretto al lavoro dal creditore o venduto, ed i diritti di costui sempre sarebbero stati garentiti.

Ed è per queste considerazioni che noi riteniamo con molti scrittori, che solo nei casi di fuga e di latitanza del debitore ricorrevasi alla esecuzione reale.

Una disposizione abbastanza crudele, e che da alcuni scrittori si è voluta interpretare simbolicamente, è quella delle XII tavole, per la quale si dava facoltà ai creditori di dividersi le membra del loro debitore, dopo avere adempiuto alle formalità sopra descritte. Non è da meravigliarsi per simile disposizione, quando nella stessa legislazione decemvirale noi troviamo sanzionato il *taglione* per i reati di lesione personale.

Pare, che la condizione del debitore sia stata resa più grave dalla legge decemvirale, poichè essa sanzionò il diritto di uccidere e vendere *trans Tiberim* il debitore. Il Voigt per spiegare la differenza fra il diritto antico e questa legislazione ricorre ad una ragione, che può dirsi politica, che cioè i debitori dovettero essere spesso causa

di disordini gravi nelle case dei creditori e quindi si ricorse al rimedio della uccisione, ecc. (1). A noi non sembra accettabile tale opinione, specialmente quando si consideri la disposizione della tavola III, 6, nella quale sta scritto: *tertiis nundinis partis secato. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*, dalla quale rilevasi trattarsi di un diritto spettante ai creditori e nascente dalla mutazione di stato del loro debitore, e non di una misura di sicurezza adottata per evitare disordini. Aggiungasi poi, che il debitore insolvente, adempiutesi le formalità sopra descritte, diveniva schiavo del creditore, e siccome per diritto romano il padrone avea il diritto di uccidere e vendere lo schiavo, così non è da meravigliarsi che si fosse riconosciuto nel creditore anco il diritto di uccidere il debitore.

Col modificarsi dei sentimenti e delle idee del popolo romano incominciò a manifestarsi una certa ripugnanza per il processo esecutivo colla *manus iniectio*; ma tale ripugnanza ristretta a pochi casi non poteva avere virtù di modificare un antico procedimento giuridico. Vi contribuirono però grandemente ragioni politiche, cioè la lotta fra patrizi e plebei, la quale senza alcun dubbio fu potente fattore di evoluzione del diritto romano. Erano infatti i plebei, quelli che soffrivano le triste conseguenze della *manus iniectio* e perciò lottarono per essere mitigato il rigore di così inumano procedimento. E colla legge Valeria (an. 412) la *manus iniectio* fu limitata al *giudicato* ed a ciò *pro quo dependum erat*. Leggiamo infatti in Gaio: « sed postea lege Valeria excepto iudicato et eo pro quo « dependum erat, ceteris omnibus cum quibus per manus « iniectioem agebatur permissum est sibi manum depel-

(1) VOIGT, loc. cit.

« lere et pro se agere: itaque iudicatus et is pro quo
« depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare de-
« bebant et nisi darent domum ducebantur ». Dal quale
passo rilevasi che, esclusi i due casi sopra cennati, era
permesso al debitore, diciamo meglio, al reo di sottrarsi
colla violenza alla *manus iniectio*.

Una profonda modificazione al procedimento esecutivo
in esame fu portata dalla legge Petelia, per la quale non
fu abolita l'esecuzione personale, ma fu sottoposta alle
seguenti restrizioni: fu proibita la uccisione e la vendita
trans Tiberim, furono proibite le catene ed il nervo, fu
stabilito, che la *deductio in domum* non poteva avere luogo
quando il magistrato avesse pronunziato l'*addictio*, che
l'*addictus* in conseguenza non era uno schiavo e solo era
obbligato di servire nella casa del creditore *donec solverit*
sia con pagamento propriamente detto, sia col suo lavoro;
fu stabilito infine, che il debitore potesse essere anco li-
berato, quando avesse con giuramento dichiarato di volere
pagare.

È facile vedere, che dopo tali modificazioni apportate
all'antico procedimento della *manus iniectio*, questo dovea
perdere importanza, perchè assumeva il carattere di un
mezzo giuridico tendente solo a costringere indirettamente
il debitore a pagare il suo debito. Ed ecco già che una
fase evolutiva erasi compiuta nel procedimento esecutivo
romano.

Più tardi per opera dei Pretori venne introdotta la
esecuzione reale colla *missio in bonà* e colla *bonorum ven-*
ditio. Gaio attribuisce al Pretore Rutilio l'introduzione
di questa forma di procedimento: ma pare che vestigia di
esso si trovino nella legge *agraria* dell'anno 643, onde si
crede da alcuni, che l'esecuzione pretoria dovette essere
antecedente a questa legge, e che autore di quel proce-

dimento probabilmente sia stato Rutilio Calvo (1), di cui fa cenno Livio. Ritengono anche costoro, che il Pretore Rutilio sia stato colui che abbia perfezionato il procedimento esecutivo reale e l'abbia introdotto nell'editto. Il Voigt afferma con risolutezza che l'esecuzione reale in forma di *bonorum venditio* fu introdotta dal Pretore Rutilio, e ritiene qual fonte principale la Quinziana di Cicerone.

Si noti qui, che prima che il Pretore introducesse a favore dei privati il processo esecutivo diretto contro i beni, vi furono molti casi di esecuzione simile nell'interesse dello erario pubblico. Infatti da alcuni passi di Livio, di Dionisio, e di altri storici risulta evidente l'esistenza del procedimento esecutivo per i beni dei debitori dello Stato, dei beni che erano caduti in potere dello Stato per conquista, per eredità, per confisca, ecc. (2). Trattandosi di simili casi il Pretore immetteva il Questore nel possesso di tali beni, e questi procedeva quindi alla vendita all'asta. Tale procedimento era indicato colle espressioni *bonorum sectio* o *bonorum venditio* e dai Pretori venne applicato nello interesse dei privati.

Il procedimento in esame avea incominciamento con la *postulatio* dei creditori di essere immessi nel possesso dei beni del debitore e di procedere alla vendita.

Il Magistrato emetteva decreto, col quale concedeva la *missio in bona* e permetteva loro di rendere ciò noto con pubblico avviso. Siccome però molte difficoltà sarebbero sorte coll'immettere tutti i creditori nel possesso dei beni del debitore, si stabilì che fosse scelto uno dalla maggio-

(1) GAIO, IV, 25.

(2) TITO LIVIO, III, 58; DIONISIO V., 34.

ranza dei creditori per immettersi nel possesso. L'immissione in possesso avea luogo, anche quando il debitore non avesse avuto beni.

Alla *missio in bona* teneva immediatamente dietro la *bonorum proscriptio*, cioè si rendeva quella notoria al pubblico. Trascorsi trenta giorni, se il debitore era vivente, o trascorsi quindici, se era morto, avea luogo la convocazione dei creditori per opera del magistrato, onde questi nominassero colui che dovea curare la vendita dei beni, il (*magister*). E dopo parecchie formalità, che non è qui il luogo di accennare, il *magister* procedeva alla vendita all'asta pubblica.

Si noti, che non ostante l'introduzione di questa forma di procedimento esecutivo per opera dei pretori, l'esecuzione personale non venne abolita, ma perdè importanza e divenne un mezzo sussidiario.

Osserva il Voigt, che l'esecuzione personale fu abolita in qualche parte da un editto pretorio, di cui è impossibile precisare la data, ma che egli colloca fra la Popillia e la legge Giulia *de cessione bonorum*. In virtù poi di quest'ultima legge il debitore poteva sfuggire alla esecuzione personale, evitare l'infamia che era conseguenza della *bonorum proscriptio*, con l'abbandonare volontariamente il suo patrimonio in mano dei creditori. Accanto a questo mezzo però, come bene osserva il Padelletti, continuavano a sussistere l'arresto personale e la esecuzione generale sui beni.

Volgendo lo sguardo a quanto brevissimamente abbiamo esposto si scorge, che per diritto romano fino alla epoca, a cui siamo giunti, non vennero riconosciuti che due mezzi di esecuzione, l'una *personale*, l'altra *reale*; ambedue mezzi estremi, perchè l'uno conduceva alla perdita della libertà del debitore, l'altro alla perdita di tutto

il patrimonio. Ciascuno di questi mezzi esecutivi col tempo subì delle modificazioni, allo scopo di renderne meno grave la condizione del debitore, ma un limite all'estensione dell'efficacia di quei mezzi non fu conosciuto. Non troviamo infatti alcuno editto pretorio, che stabilisca una esecuzione *parziale* sopra i beni del debitore. Ciò ci rileva il carattere severo del popolo romano, il quale non accettava via di mezzo in alcune contingenze della vita.

Con un *senatusconsulto* di incerta data, ma che fu dei primi tempi dell'impero, fu stabilito a favore delle persone di ordine senatorio, che invece della *bonorum venditio*, il magistrato potesse coll'accordo dei creditori nominare un *curator bonis distrahendis* coll'incarico di vendere i beni partitamente fino alla soddisfazione dei diritti dei creditori. Così alla *venditio bonorum* fu sostituita la *distractio bonorum* per il solo caso, or cennato. Le conseguenze vantaggiose di essa erano le seguenti: il debitore non era colpito d'infamia, i creditori succedevano particolarmente nei beni del loro debitore.

L'imperatore Antonino Pio estese questo eccezionale procedimento anco a beneficio di tutti gli altri debitori, e col tempo sparì del tutto la *bonorum venditio*.

Il Rudorff sostiene, che la esecuzione reale parziale esistette sotto la repubblica e propriamente contro quei debitori, che erano solventi, ma pertinaci nel non volere adempiere ai loro doveri (1). Savigny sostiene anche la stessa idea. Noi non crediamo, che possa accogliersi per le seguenti ragioni principali: 1° perchè si tratta di una mera asserzione, mancando testi di legge in suo sostegno; 2° perchè non trovasi nelle leggi romane distinzione fra

(1) RUDORFF, Röm. Rechtgesch. vol. II.

debitore solvente e non solvente allo scopo di moderare gli effetti del procedimento esecutivo allora prevalente; 3° perchè l'esistenza del senatusconsulto portante un'eccezione implica, che la *bonorum venditio* era la regola; 4° perchè della *pignoris capio in causa iudicati* non vi è traccia prima della costituzione di Antonino Pio; 5° perchè Ulpiano designa la esecuzione parziale come procedura *extra ordinem*.

Occupiamoci intanto della nuova riforma introdotta nel procedimento esecutivo.

Sotto la repubblica una procedura particolare era la *pignoris capis*, che si applicava nel caso in cui faceva mestieri riscuotere pene pecuniarie. Nei primi tempi dello impero questa forma di procedimento fu estesa a tutti i processi fiscali, e finalmente Antonino Pio l'estese agli affari privati. Come si vede, la *pignoris capio* era stata applicata prima della costituzione di questo imperatore in tutti quei casi, nei quali, come ben dice il Padelletti, predominava un sommo interesse pubblico, religioso o amministrativo. Per convincersi di ciò basta volgere lo sguardo a quanto dice Gaio nelle sue Istituzioni.

Colla *pignoris capio* venivano sottratti al patrimonio del debitore tanti oggetti e tanti beni quanti erano sufficienti per estinguere il debito e venivano dati in pegno al creditore, il quale avea il diritto di venderli, quando non era soddisfatto.

Per potere avere luogo la *pignoris capio* richiedevasi una sentenza del magistrato ed una confessione giudiziale. L'esecuzione avea luogo per mezzo degli *apparitores* e dapprima si procedeva sopra i *mobili*, quindi sugli *immobili*, ed in ultimo sui *diritti*. Sta scritto infatti nella legge 15 § 2 D. *de re jud.*; « in venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res *mobiles* — qua-

« rum pretium si sufficerit bene est, si non sufficerit, etiam
« soli pignora, capi iubent: — quod si nec quæ soli sunt
« sufficiunt, vel nulla sunt soli pignora, tunc pervenitur
« etiam ad jura ».

Vi erano norme speciali regolatrici del procedimento per *pignoris capionem*, di cui accenniamo le seguenti; delle cose mobili non potevano essere pignorati gli strumenti per la coltura della terra e ciò che era necessario al debitore per il sostentamento: gli *apparitores* trasportavano le cose pignorate presso il debitore: l'esecuzione sugli immobili avea luogo coll'immettere il creditore nel possesso dei beni del debitore, ecc.

Trascorsi due mesi dal pegno si procedeva alla vendita pubblica. Col prezzo della vendita il magistrato estingueva il debito, e ciò che sopravanzava era restituito al debitore.

Colla introduzione della *pignoris capio* non venne abolita la esecuzione universale, ma fu riservata per quei casi, in cui era strettamente necessaria, cioè quando insolvente era il debitore e molti i creditori. Come ancora è da notare, che la esecuzione personale restava ancora per i casi, in cui l'esecuzione reale era rimasta senza effetto.

Si volga ora lo sguardo al procedimento esecutivo e si vedrà come esso abbia attraversato diverse fasi evolutive col modificarsi delle idee e dei sentimenti del popolo romano: si incominciò coll'uso dell'autorità privata e si finì coll'intervento dell'autorità sociale rappresentata dal magistrato: fu rivolto dapprima il procedimento esecutivo contro la persona e finì coll'essere rivolto contro i beni.

VII.

*Plebei e peregrini quali fattori potenti di trasformazione
del diritto romano*

Abbiamo altrove dimostrato, come l'evoluzione giuridica compiesi sotto l'influenza di fattori diversi, dei quali talora alcuni non sono tanto facilmente determinabili, specialmente quando si tratta di dovere studiare il diritto di un popolo antico. Fra tali fattori abbiamo annoverato i fattori *sociali*, e fra questi ora ricordiamo i *plebei* ed i *peregrini*, che potentemente influirono a trasformare il diritto romano e ad imprimergli il carattere dell'universalità.

Non vi è storico del diritto romano, che non riconosca la necessità dello studio dell'ordinamento sociale del popolo romano, onde si possa ben comprendere il diritto pubblico di esso e che non attribuisca grande importanza alla plebe nella trasformazione di questo diritto. Ma pochi sono quelli che hanno visto in essa un elemento trasformatore del diritto privato. Non è ancor da tutti in modo chiaro osservato, che nella lotta fra patrizi e plebei è da ricercarsi la principale delle sorgenti di forza sociale che determinarono le varie fasi evolutive del diritto romano, e che la lotta fra quei due ordini di persone fu *lotta per il diritto*.

Facciamo alcune brevi considerazioni.

Grave disputa ferve fra gli storici per determinare la

condizione di fatto in cui trovaronsi i plebei di fronte ai patrizi nei primi tempi di Roma. La esistenza dei due ordini di persone è innegabile, difficile riesce però determinare i caratteri distintivi di essi, perchè fanno difetto le testimonianze storiche. Niebuhr crede, che il *populus* primitivo era composto di soli patrizi, che essi costituivano la classe dirigente, e che quindi dai comizi curiati fossero stati esclusi i plebei, che i comizi curiati furono composti di soli patrizi anche sotto la repubblica (1). Mommsen sostiene invece, che fin dalle origini dello Stato romano patrizi e plebei fecero parte dei comizi curiati, ma osserva che, come non ogni istituzione, che agli analisti parve esistente da tempo immemorabile, deve ritenersi un'istituzione primordiale, così non si possa risolutamente affermare che in tempi antichissimi sia stato lo stesso (2). Che colla parola *populus* si indicasse la riunione dei patrizi e dei plebei, e che in conseguenza i comizi curiati fossero composti degli uni e degli altri, ci sembra posto fuori dubbio dalla testimonianza degli storici romani. Ed invero Dionisio afferma, che i plebei facevan parte delle curie e che i primi *tribuni plebei* furono eletti nei comizi curiati; Livio chiama i comizi curiati e centuriati *concilia populi*, ecc. ecc. (3). Dunque anco colla parola *cives* si designavano i patrizi ed i plebei.

Però l'essere cittadino non importava per ciò stesso godimento di tutti i diritti. La *civitas* era il risultato di un complesso di facoltà, quali sono; il *commercium*, il *connubium*, il *suffragium*, gli *honores*; le facoltà non erano

(1) NIEBUHR, op. cit.

(2) MOMMSEN, *Röm. Forschungen*.

(3) DION. VI, 89, IX, 41.

concesse a tutti i cittadini in egual modo. Nè deve sembrare una stranezza cotesto fatto, perchè, come osserva il Padelletti, non sono tanto i diritti politici che determinano la cittadinanza, quanto l'assoggettamento ad un comune *imperium*, ad una comune *jurisditio* e l'uso delle medesime leggi e del medesimo diritto, e perchè, aggiungiamo noi, il concetto di cittadinanza non implicò nel passato quello dell'uguaglianza del diritto privato. I plebei in Roma a poco a poco lottando energicamente conquistarono la uguaglianza giuridica, e nondimeno erano *cives*. Si dia uno rapido sguardo alla storia di Roma e si vedran meravigliosamente spiegarsi innanzi a noi le tremende lotte sostenute dai plebei per la conquista dei diritti. Dapprima i patrizi hanno tutti i poteri nelle loro mani e gli onori; l'oppressione da loro esercitata sui plebei eccita questi alla lotta; i quali si ritirano sull'Aventino armati, ed ottengono i *tribuni*. L'oppressione intanto continua, sebbene alquanto mitigata non riesce sopportabile ai plebei, i quali cominciano ad aver chiara coscienza dei loro diritti. Si domandano da essi *leggi scritte*, per istrappare il segreto ai patrizi e rimuovere l'*arbitrio*, ed ecco le dodici tavole, che mentre rendono *uguale* a tutti la conoscenza della legge, contengono nondimeno disposizioni che stabiliscono disuguaglianza nel diritto privato fra patrizi e plebei. Ed ecco il tribuno Canuleio, che domanda il *connubium* tra plebei e patrizi; si ottiene questo, e così si incrociano le varie classi sociali dei *cives*. Non si sopporta intanto dai plebei, che il *consolato* spetti ai soli patrizi, si lotta e si vince. — Non andiamo più oltre, perchè è evidente, che la lotta fra patrizi e plebei fu lotta per il diritto, e che per la *civitas* non fu richiesta l'uguaglianza giuridica.

La disuguaglianza dei diritti fra patrizi e plebei do-

vette necessariamente ingenerare un diverso sistema di norme e di forme regolatrici della condotta dei cittadini. Ed è logico ritenere, che semplicissimi dovettero essere i rapporti privati fra plebei e plebei e tra plebei e patrizi, e complicate le forme al contrario dei rapporti che si stringevano fra patrizi e patrizi. Noi abbiamo parlato di *rapporti tra plebei e patrizi*, e per essi intendiamo tutti quelli che erano conseguenza dello esercizio della facoltà del *commercium*, poichè ci sembra fuori discussione esservi stato il *commercium* fra patrizi e plebei fin dai primi tempi. La dipendenza in cui questi si trovavano di fronte ai primi; la necessità di stringere relazioni per il fatto stesso della coesistenza, ecc. ecc., ci inducono a ritenere comune, sebbene molto limitato, il *commercium* tra patrizi e plebei. Or bene questo *commercium* dovea dare origine ad atti speciali eseguiti senza formalità alcuna o almeno senza quelle formalità che praticavansi dai patrizi nello stringere relazioni fra loro. Dunque esistette allora una duplice categoria di rapporti, l'una accompagnata da formalità particolari e specialmente religiose, la seconda da formalità semplicissime. Il Voigt in un ultimo suo lavoro ha in modo magistrevole svolto questo punto importante per la storia del diritto romano, perchè per esso giungiamo a scoprire alcune cause efficacissime che contribuirono alla evoluzione del diritto (1).

L'illustre Prof. Brugi ha messo anco in luce questa antitesi fra il *jus gentilicium* ed il *jus civile*, quale risultato dell'antitesi della condotta dei patrizi e dei plebei. E giustamente egli sostiene, che il diritto romano si liberò dalle rigide forme religiose e politiche per opera della

(1) VOIGT, op. cit.

plebe, e che fra gli scrittori di cose romane il Vico sia stato il primo a scorgere la grande importanza del *primitivo diritto plebeo* nella formazione del sistema giuridico del popolo romano (1).

Si scorge da ciò, come a poco a poco il *jus gentilitium* perdette importanza e fu soppiantato da quel *jus civile*, che era il risultato della lotta fra patrizi e plebei, e della consecutiva prevalenza dei sentimenti, delle idee, e del sistema di azioni della plebe romana.

Noi fin qui non abbiamo inteso fare altro, che rilevare un punto importante della storia del diritto romano, e mostrare che chi si propone di scrivere questa storia deve avere sott'occhio la lotta tra patrizi e plebei e notare la corrispondenza fra i risultati di questa lotta e l'evoluzione del diritto.

Ma non solo i *plebei*, anco i *peregrini* furono potente fattore di trasformazione giuridica.

Il popolo romano non visse isolato in mezzo alle altre genti italiche, ma popolo guerriero ed eminentemente attivo, strinse relazioni dapprima colle genti vicine, più tardi colle alleanze e colla guerra anco con genti lontane. Ed in Roma convenivano da tutte parti forestieri.

Le relazioni, che aveano luogo tra i cittadini ed i *peregrini*, si stringevano senza le formalità proprie del diritto civile romano, perchè i peregrini non sono *cives*. Da qui il bisogno di giudicare le controversie nascenti tra cittadini e peregrini con criteri ben diversi da quelli, coi

(1) BRUGI, *Cause intrinseche dell'universalità del diritto romano*. Mentre correggevamo le bozze di stampa ci giunse il fasc. del *Circ. Giur.*, in cui fu pubblicato questo bel lavoro del Prof. BRUGI, e ci gode l'animo di vedere, che in ordine alle *consuetudini giuridiche* egli sostiene la stessa nostra idea.

quali si giudicavano le controversie fra *cives* e *cives*. E mentre per diritto civile romano tanta importanza davasi alle formalità degli atti, da fare dipendere la validità di essi dall'adempimento rigoroso di quelle forme, al contrario nel giudicare delle controversie fra peregrini e peregrini e fra peregrini e *cives* si dovette necessariamente tenere in considerazione la volontà delle parti nel momento in cui fra loro aveano contratto dei rapporti, che davano luogo alla controversia.

E qui per meglio comprendere la trasformazione operatasi nel diritto romano a causa dei *peregrini* bisogna ricordare un altro fatto importante per la storia di questo diritto. Coll'apparizione del pretore era sorta una nuova forza trasformatrice del diritto, la quale nei primi tempi, quando cioè erano in vigore le rigorose formole giuridiche ed egli era incaricato a riceverle, non esercitò alcuna influenza, perchè non potè svolgersi, ma più tardi quando fu data facoltà al pretore di accogliere qualunque domanda, anco non fondata sul rigoroso diritto civile, e di dare mezzi giuridici per combattere le azioni poggiate sul puro diritto, ma ingiuste (poichè il *summum jus* si convertiva spesso in *summa iniuria*, allora il diritto privato romano incominciò a subire una profonda trasformazione. Prevalse il concetto dell'*equità* nel giudizio delle controversie private; equità, che consisteva nell'attribuire a ciascuno ciò che gli spetta secondo i propri meriti, secondo la natura stessa della cosa, ecc. ecc. E l'editto del pretore fu davvero la *viva vox juris civilis*.

Or bene, creato il pretore peregrino per giudicare delle controversie fra stranieri e stranieri e fra stranieri e cittadini romani, si creò un'altra forza trasformatrice del diritto romano. Infatti il pretore peregrino non potendo applicare ai casi particolari le *legis actiones* ed in gene-

rale il rigoroso diritto civile, fu costretto ricorrere ad altre norme giuridiche, giovandosi e dei dettami della sana ragione e delle conoscenze acquistate delle leggi di altri popoli. Col pretore peregrino perciò l'equità estendeva la sua benefica influenza, perchè da equità *romana* diveniva equità *umana*. E così il diritto dei Quiriti tendeva a fondersi col *jus gentium*, ed acquistava quei caratteri di generalità che costituiscono una delle ragioni principali della sua universalità. E quando poi sotto Caracalla tutte le genti appartenenti allo Stato romano furono proclamate uguali dinanzi al diritto privato si compì la trasformazione giuridica ed il *jus honorarium* fu legge di tutto lo Stato.

Considerando ora quanto fugacemente è stato esposto, si scorge evidentemente il nesso che l'Ihering additò fra l'azione esercitata dai plebei e quella esercitata dai forestieri sullo svolgimento del diritto romano. E concludiamo quindi col dire, che compito dello storico del diritto romano è anche quello di fare rilevare la corrispondenza fra le varie fasi evolutive del diritto di quel popolo e la influenza esercitata dall'opera dei *plebei* e dei *peregrini*.

VIII.

Religione e diritto

Nei primordi della vita dei popoli osservasi prevalente l'elemento religioso, sicchè non riesce possibile distinguere la religione dalle altre manifestazioni più importanti della vita sociale, quali sono, la *moralità*, i *costumi*, il *diritto*, ecc. Gli uomini sopraffatti dallo spettacolo meraviglioso dei fenomeni naturali, non giungendo colla riflessione ancor debole a trovare le cause di essi ed indagare le leggi che li governano, immaginano potenze occulte, personificano le cause dei fenomeni e creano le divinità. Il timore concepito per questi esseri soprannaturali preoccupa l'animo di quegli uomini, sicchè ogni atto della vita subisce l'influenza di quel sentimento.

E presso il popolo romano constatasi ancora la influenza dell'elemento religioso, poichè antichissime sono le origini di quello, tanto che riesce molto difficile poterci formare un concetto esatto delle condizioni di vita sociale di esso nei tempi preistorici. Notevole è però il fatto, che l'influenza religiosa non fu così potente sulla vita del popolo romano, come era stata presso i popoli orientali e presso altri popoli dell'antichità. Infatti fin dagli antichi tempi di Roma apparisce una distinzione fra il *diritto* e la *religione*, e si scorge che i sacerdoti non mirano ad assorbire tutti gli altri elementi sociali, ma si valgono della loro qualità per promuovere lo svolgimento della vita civile, mentre presso gli altri popoli i sacerdoti eser-

citarono una influenza diretta su tutte le manifestazioni dell'attività sociale per consolidare la loro potenza morale ed economica.

Alcuni storici hanno ritenuto, che causa di cotesta diversità di carattere presentata dal popolo romano in ordine alla religione sia stata la esteriorità di essa. La religione in Roma non era sentimento intimo, dicono essi, ma semplice forma, donde la sua fiacchezza, e quindi la debolezza del suo dominio.

Ma col dire così non si accennano le vere cause determinanti quel fenomeno sociale, perocchè resta a sapere per quali ragioni la religione non fu vero sentimento presso i romani, ma pura esteriorità. Ed è dovere dello storico ricercare queste cause, perchè altrimenti non gli sarà possibile comprendere il vero carattere del popolo romano, e ritrovare le leggi regolatrici dell'evoluzione giuridica. Nè basta il dire d'altro lato, per dare ragione della minore influenza esercitata dalla religione, che il popolo romano ebbe *senso politico*, e quindi sacrificò tutto allo Stato, compresa la religione, perchè si potrà domandare per quali cause quel popolo ebbe un *senso politico* elevato. Queste cause, a dire il vero, furono molteplici, nè riesce agevole determinarle, perchè ci è impossibile conoscere la vita intima del popolo romano nei tempi preistorici e nei tempi storici antichi.

Possiamo solo dire, che il popolo romano si preoccupò sopra tutto delle cose terrestri, e non delle celesti, ed in questo modo speciale di sentire è da riporre la vera sorgente di quel *senso politico*, di cui si è fatto menzione. Fattori *etnografici*, *geologici*, *sociali*, ecc. hanno dovuto poi influire per modificare in tal modo l'attività psichica del popolo romano, ma tali fattori non possono essere particolarmente determinati.

Non perciò è da ritenersi che nei primi tempi di Roma la religione non abbia esercitata una influenza sulle varie manifestazioni della vita sociale di quel popolo; questa influenza fu coadiuvatrice dell'attività sociale, non assorbente, come già si è detto. In Roma infatti i sacerdoti non formarono una casta come in Oriente e particolarmente nell'India, formavano un collegio, che rivestiva anche caratteri politici, come d'altro lato i capi politici rivestivano caratteri religiosi. Vi era distinzione fra *Religione* e *Stato*, ma non incompatibilità, l'una anzi serviva di sostegno all'altro. Osserva bene il Boissier sul proposito, che in Roma *si diveniva augure o pontefice nello stesso tempo che pretore o console e per gli stessi motivi* (1).

Il Mommsen ha saputo ritrarre la vera missione religiosa nella vita di Stato romana quando scrisse: « i sacerdoti, e specialmente i pontefici, approfittarono del timore che incutevano gli dei, onde ringagliardire i doveri morali, ed in particolar modo quelli per i quali non vi era bastevole sanzione giuridica. Così a chi arando avesse rimossi i confini dei campi, a colui che commettesse notturnamente un furto campestre, oppure manomettesse la persona del re, minacciavasi oltre la pena civile, anche lo sdegno della relativa deità. Simile anatema scagliavasi anche nei casi, a cui per nulla avea parte il comune, come contro il marito che vendesse la moglie, contro il padre che alienasse il figlio ammogliato, oppure contro il figlio o la nuora che percuotessero il padre od il suocero » (2). E per questa concorrente azione dell'autorità sociale e dei capi religiosi allo scopo di mantenere l'ordine sociale e promuovere il miglioramento del popolo romano, noi osserviamo,

(1) BOISSIER, *Religion romaine*.

(2) MOMMSEN, *op. cit.*

che il re ha la dignità di *rex sacrorum*, mentre in riguardo alle forme esterne è soggetto al *rex sacrorum*; che i collegi dei Pontefici, dei Feciali, degli Auguri, hanno una missione anco politica per le relazioni internazionali, per la conservazione dei libri Sibillini ecc. Si noti però, che i collegi dei sacerdoti non aveano *l'imperium*, come lo aveano i magistrati civili, essi esercitavano alcune funzioni di carattere civile, perchè i capi politici così richiedevano. È vero che i Pontefici esercitarono una giurisdizione penale, ma non era una funzione diretta quella da loro esercitata; infatti non solo essi doveano essere richiesti per pronunciare una sentenza penale, ma anco al condannato era concessa facoltà di appellarsi al popolo contro le sentenze da loro pronunciate. Ed anco i Feciali per prendere parte negli affari civili doveano essere richiesti. Da queste brevi considerazioni rilevasi chiaramente, che la religione secondò lo svolgimento della vita statale. Or aggiungiamo, che la *religione* favorì anche lo svolgimento della vita giuridica, e necessariamente, perchè lo Stato è l'organismo del diritto, come dicono la maggior parte dei filosofi giuristi, o, come potrebbe dirsi meglio, perchè il potere sociale ha anche una funzione *giuridica*.

Ed invero, a prescindere dalle considerazioni filologiche fatte da alcuni scrittori per dimostrare il primitivo influsso della religione sul diritto, a prescindere anco da ciò che dice Ihering, che cioè il diritto e la religione passano i primi anni della loro infanzia storica nella più stretta intimità, abbiamo notizie storiche importanti che ci dimostrano la influenza sacerdotale sul diritto (1). I *pontifices*

(1) IHERING fa belle considerazioni sulle due voci *fas* e *jus* (*Der geist. des röm. Rechts*).

sono giurisperiti, conservano la tradizione delle norme giuridiche e delle forme dei procedimenti giudiziari, interpretano il diritto, colmano le lacune che in esso si osservano. Si narra ancora, che i decemviri furono allievi dei sacerdoti: e necessariamente così dovette essere, perchè i sacerdoti erano in quei tempi conoscitori profondi del diritto, tanto che presero parte all'interpretazione della legge decemvirale. In breve, per vedere l'influenza esercitata dalla religione sullo svolgimento della vita del diritto basterebbe ricordare quel passo di Cicerone, in cui sta scritto, che i pontefici furono istituiti per presiedere alla religione e tutelare gli interessi privati dei cittadini. Si noti però sempre, che da tutte le notizie storiche a noi giunte la religione si presenta come una forza sociale, che seconda il potere civile nell'interesse dei cittadini.

La maggior parte degli storici del diritto romano ritiene, che poche siano le tracce dell'influenza religiosa nel diritto civile romano, e ricordano l'intervento dei pontefici nei testamenti nei *comitiis calatis*, l'intervento loro per l'*arrogatio*, la *confarreatio*, la *jurata operarum promissio*; e che più numerose siano nel diritto internazionale e nel diritto penale. Ma se si considera quanto sopra abbiamo detto e le notizie storiche che ci sono giunte sull'importanza dei collegi dei sacerdoti nel conservare le tradizioni giuridiche, nell'interpretare le leggi, ecc. si dovrà riconoscere, che la loro influenza dovette essere anco grande nel diritto civile. Quando appresso tratteremo del diritto penale dei tempi preistorici di Roma mostriamo più estesamente quale influenza abbia esercitato la religione su questo ramo importantissimo del diritto. Ci basti ora avere accennato brevemente all'influenza di essa sul diritto in generale.

Risulta poi da quanto fin'ora si è esposto, che si in-

gannarono quegli scrittori, che vollero vedere in tutto lo svolgimento della vita sociale romana dei tempi antichi l'influenza assoluta dell'elemento religioso, fino al punto da ritenere che lo Stato ed il diritto furono creazione di esso. Per affermare questo bisogna sconoscere la vita intima del popolo romano, il suo carattere, le sue tendenze. In Roma fino da tempi antichissimi religione, diritto, moralità, politica si svolsero contemporaneamente ed a vicenda si sorressero, finchè prevalse l'elemento politico, per l'influenza di cause *etnografiche*, *psicologiche*, *telluriche*, ecc.

Nella legge decemvirale troviamo anco le tracce della influenza religiosa, perchè essa compendì buona parte delle norme giuridiche del passato e delle consuetudini popolari, che aveano una intima relazione colla vita di Stato.

Collo scorrere degli anni l'elemento religioso perdeva sempre più influenza, non solo perchè la religione era pura forma esteriore, e non intimo sentimento, ma anco per l'introduzione delle divinità straniere e per il sempre crescente sviluppo delle tendenze politiche, le quali manifestavansi, or colle lotte di conquista, or colle lotte interne dirette alla riforma degli ordinamenti sociali. La lotta fra patrizi e plebei dapprima, fra ricchi e nullatenti, fra padroni e schiavi, fra romani e popoli vinti più tardi valsero a deviare le menti del tutto dalle idee religiose per dirizzarle alla conquista della felicità terrena. Ma alla sempre decrescente influenza del principio religioso sottentrò lo energico influsso dei sistemi filosofici, ed allora il diritto elevossi gradatamente all'altezza di sistema scientifico.

Ma se il diritto guadagnava sempre più potenza sotto l'alito della filosofia, degenerava d'altro lato la moralità

privata e pubblica e preparavasi lo sfacelo dell'impero romano. È vero che propagavasi allora una nuova religione, il *cristianesimo*, ma essa contribuiva ad accelerare la dissoluzione della potenza del popolo romano, perchè fondata su idee che erano in perfetta antitesi colle idee e coi sentimenti, sui quali erasi elevata quella potenza. Il cristianesimo adunque è da ritenersi una delle molte cause che concorsero a dissolvere la società romana.

La religione cristiana però fece sentire la sua influenza benefica sul diritto e propriamente su quella parte del diritto privato, che concerne la famiglia ed il diritto patrimoniale. La *patria potestà* avea già subito una profonda trasformazione, era divenuta *pietas*, ed il cristianesimo valse a rafforzare sempre più questo concetto. Il matrimonio, istituto giuridico e sociale, fu consolidato nelle sue basi, acquistando il carattere di un sacramento e quindi di un legame indissolubile. Il diritto successorio venne regolato secondo i legami di sangue, ecc.

Noi non entriamo in tante particolarità, perchè non stiamo scrivendo una storia del diritto romano, ma solo accenniamo alcuni concetti, che potrebbero servire come linee fondamentali di un lavoro storico. Diciamo perciò, che il cristianesimo ebbe la sua influenza modificatrice sul diritto romano, sebbene non tanta quanta si è voluto sostenere da alcuni scrittori, che non penetrarono a fondo nella vita intima del popolo romano e nella immensa congerie delle idee giuridiche di questo popolo (1).

(1) I principali scrittori, che sostennero il cristianesimo aver esercitato una grande influenza sul diritto sono: TROPLONG, *Influence Cristianisme sur le droit romain*; Montesquieu, *Esprit des lois*; SCLOPIS, *Storia della legislazione Italiana*, Sostennero il contrario;

Concludiamo quindi col dire, che l'elemento religioso ebbe anche la sua influenza sul diritto romano, sebbene in limiti non molto estesi, ed in modo particolare.

Gibbon, *Histoire de l'Empire Romain*; PABELLETTI, op. cit. REUE MONT, *Storia della Città di Roma*.

LAURENT accenna solo ad alcuni sforzi che si fecero per mettere in armonia lo stato sociale con le credenze religiose.

III.

Il diritto penale nei tempi preistorici di Roma

SOMMARIO — Breve introduzione — La reazione istantanea — La vendetta individuale e la vendetta di sangue — La espiazione religiosa — La composizione — I duelli giudiziari — I giudizi degli dei — Confronto fra la legislazione penale dei romani e quella dei popoli Germani.

Lo studio della storia del diritto e particolarmente quello della storia del diritto romano è stato sempre ritenuto importante, non solo per ben comprendere la intima vita giuridica dei vari popoli antichi, ma anco per rendersi ragione di tutti quegli istituti giuridici, che nei codici dei popoli civili moderni vengono regolati con particolari norme. E più di ogni altra è stata oggetto di studio, come già accennammo, la storia del diritto romano, perchè per il concorso di peculiari circostanze di natura varia, che l'illustre Amari denominerebbe *rapporti fattori* delle leggi, presso il popolo romano il sentimento giuridico ebbe così saldo fondamento e prese così serio sviluppo, da dare vita ad un sistema complesso e perfetto di norme giuridiche, che ha destato l'ammirazione dei popoli civili ed è stato assunto come modello di legislazione. Anzi oggi, cosa che sembrerà strana a coloro che si tengono lontani dal movimento scientifico moderno, ed ignorano le tendenze del secolo, ferve tale lavoro per ricostruire la storia della vita giuridica del popolo romano e per conoscere perfettamente l'evoluzione del diritto di quel popolo, che

buona parte dell'attuale letteratura giuridica, non ostante lo sviluppo prodigioso, che hanno avuto le altre scienze, può dirsi costituita da lavori riguardanti lo studio del diritto romano e della sua storia.

Le ragioni di questo rinnovamento degli studi storici del diritto romano e del lavoro con tanta alacrità intrapreso sono varie, e di alcune già sopra abbiamo fatto cenno: ma quella che a noi sembra principalissima è la tendenza dei pensatori del nostro secolo a rimuovere tutto ciò che sa di arbitrario e di dogmatico nello studio delle scienze e nello acquisto di nuove conoscenze, e a seguire il metodo di *osservazione*, di cui appunto fa parte la *ricerca storica*, il solo metodo che potrà fare dileguare non pochi errori ritenuti ancora come verità da alcuni. Ed infatti chi conosce i nuovi risultati scientifici ottenuti collo studio positivo dei fenomeni del mondo morale e sociale, chi non ignora l'importanza degli studi filologici, sociologici, antropologici, etnologici, ecc., facilmentesi accorge di questo fenomeno meraviglioso, che cioè lo studio della storia del diritto romano efficacemente contribuisce a rafforzare i risultati della sociologia, dell'etnologia, della filologia, ec. e che a sua volta la storia del diritto romano viene mirabilmente illustrata dai risultati di queste scienze. E la storia del diritto romano meglio della storia del diritto di altro popolo si presta a così elevato fine scientifico, non solo perchè le norme giuridiche di quel popolo organarono e coordinarono fin nelle più minute particolarità le manifestazioni più importanti della vita sociale, ma anco perchè è dato agli studiosi di quel diritto sorprendere le primitive forme della vita giuridica. E se mancassero prove scientifiche per dimostrare la esistenza di una legge di *evoluzione*, regolatrice di tutti i fenomeni del mondo, basterebbero, a nostro avviso, i soli risultati dello studio

della storia del diritto romano per rimuovere qualsiasi dubbio intorno ad essa.

È vero che lo impulso alle ricerche storiche intorno al diritto, e propriamente intorno al diritto romano, è venuto dalla scuola *storica*, dopo i tentativi che si erano già fatti nella nostra patria per promuovere quelle ricerche, ma è innegabile che quella scuola non potè trovare le vere leggi naturali che governano lo svolgimento della vita del dritto, perchè le mancavano quei dati scientifici che sono il risultato del rinnovamento degli studi moderni mercè l'applicazione del metodo di osservazione e di esperimento allo studio di tutti i fenomeni della natura. Per la scuola storica infatti il diritto non è altro, che una delle varie manifestazioni della coscienza popolare, ma essa non ha studiato il diritto nelle sue primitive forme di apparizione, ma solo il diritto già sviluppato, nè ha ricercato le cause che hanno potuto influire sulla coscienza popolare per determinare le varie manifestazioni della vita giuridica dei diversi popoli.

Vero è che Ugo ha insegnato, che ogni principio giuridico debba essere analizzato fino alla sua origine, ma mancando allora tutte quelle conoscenze che oggi possediamo intorno alle leggi che governano lo svolgimento dei fenomeni psicologici e dei fenomeni sociali, non era possibile stabilire scientificamente le origini delle idee fondamentali del diritto. Onde ben diceva l'illustre Carle, che per sorprendere il diritto nelle proprie origini occorre soprattutto l'osservazione della Natura. Ed è per questo che la storia del diritto romano non è più come per il passato una storia delle *antichità romane*, ma una storia di una delle più elevate manifestazioni della vita sociale del popolo romano, cioè dei fenomeni giuridici presso quello avvenuti. E per ben scrivere questa storia bisogna

fare tesoro dei risultati dell' etnologia, della filologia, della sociologia, ed in una parola, di tutte le scienze che hanno relazione con quelle che studiano i fenomeni detti *morali* e *sociali*, fra i quali sono senza dubbio da annoverarsi i fenomeni *giuridici* (1).

D'altro lato intanto bisogna considerare, che per potersi scrivere una storia veramente scientifica del diritto romano (e lo stesso dicasi della storia del diritto di ogni altro popolo) fa mestieri di una conoscenza la più completa possibile del diritto *arcaico*, poichè in esso si possono trovare le primitive sorgenti della vita giuridica e del diritto propriamente detto *storico*. Ma nello studio del diritto *arcaico*, o della *preistoria* del diritto romano, maggiori sono le difficoltà che si incontrano per ricostruire gli elementi fondamentali della vita giuridica di quel popolo, e più necessario l'aiuto delle scienze sopradette, perchè fan difetto i documenti storici e non sopravvivono che alcune *radici* della lingua di quel popolo, dalle quali può trarsi qualche elemento ideale relativo alle norme giuridiche. Ma è tuttavia questo studio imprescindibile, e perciò vediamo molti illustri pensatori che si affannano a ricostruire il diritto *arcaico* dei romani.

Noi ci occuperemo in questo studio per sommi capi del diritto penale nei tempi preistorici di Roma; e le considerazioni sopra fatte gioveranno a rendere noto il metodo che noi seguiamo.

Scrive Curtius, che la storia non conosce le origini di nessun popolo e che le nazioni della terra non entrano nel dominio della storia, se non quando esse siano pervenute ad un grado di civiltà particolare a ciascuna, così

(1) Vedi quel che dicemmo nel 1° *Studio*.

che ogni stirpe abbia come imparato a sentirsi diversa dalle stirpi che la circondano: ma la via percorsa per arrivare a quel punto misura molti secoli di cammino, dei quali nessuno potrebbe numerare la serie (1). Ed aggiunge, che neppure la scienza del linguaggio può farlo, benchè essa ci dischiuda tale sorgente, le cui scaturigini risalgono più addietro dei cominciamenti della storia. Queste considerazioni, che l'illustre storico tedesco fa per le origini del popolo ellenico, valgono anche per le origini del popolo romano, poichè intorno ad esse non abbiamo che favole, le quali debbono essere respinte, come ben dice il Mommsenn, perchè *gerade geistreiche Autoschediasmen* (2).

Ma sebbene incerti e misteriosi si mostrino i principi del popolo romano, quando si voglia stare alle tradizioni ed alle credenze antiche, di cui ci danno notizia gli storici, se invece ricorriamo ai risultati della filosofia scientifica possiamo riuscire a porre in sodo alcuni fatti riguardanti la vita preistorica del popolo romano e la penalità. Consultiamo adunque questi risultati scientifici.

È fuori dubbio, che gli uomini primitivi vissero ad *orde*, che più tardi nel seno di queste si costituirono le *famiglie*, e quindi le *tribù* o *genti*, ed infine gli *Stati* (3).

Onde ben scrive il Sumner Maine: « la société des temps primitifs n'était pas une collection d'individus, comme celle de nôtre temps. En réalité et au point de vue de ses membres, c'était une aggregation de familles. On peut exprimer le contraste d'une manière plus claire en

(1) CURTIUS, *Storia greca*.

(2) MOMMSENN, *Storia romana*.

(3) Vedi il nostro lavoro *Evoluzione storica e scientifica del diritto penale*.

disant que l'unité de l'ancienne société était la famille, et celle de la société moderne l'individu ». Or è facile vedere, che fino a quando gli uomini vissero ad *orde* ciascuno componente di esse si trovò in uno stato di assoluta indipendenza, che cominciò a subire modificazioni e restrizioni col costituirsi delle *famiglie*, della *Gens*, dello *Stato*. E ne segue anche una modificazione continua della condotta individuale, così bene delineata dallo Schaeffle, quando considerando il rapporto tra il *rafforzamento storico* del sentimento comune (*Gemeinsinn*) e l'amor legittimo di noi stessi, scrisse, che l'egoismo animalesco costituisce il principio e non consente nè nobile devozione, nè nobile conservazione di sè, e perciò gli individui urtansi egoisticamente fra loro e così provocano alla lotta; che malgrado questa lotta, che per millenii alimenta la guerra di tutti contro tutti, cresce la tendenza a rispettare gli altri, e si formano le associazioni (1).

Da ciò vedesi, come nei tempi primitivi la lotta per la vita si sia combattuta mercè lo impiego della forza individuale arbitraria, la quale si può manifestare sotto due forme principali, cioè quella della *violenza* e quella della *vendetta*. E tali forme di lotta perdurano finchè nel seno delle aggregazioni sociali umane non sorge un potere regolatore, uno o più capi che nell'interesse degli associati vietano l'uso della forza individuale arbitraria, e stabiliscono norme opportune per la condotta di quelli.

Or bene, in base a tali considerazioni noi in altro lavoro osservammo, che nei tempi primitivi, quando un individuo viene offeso nella sua persona o privata delle cose che gli appartengono, reagisce istantaneamente alla offesa (*violenza*), e quindi la *reazione istantanea* è il fatto ru-

(1) SCHAEFFLE, *Vita e struttura del corpo sociale*.

dimentale, da cui si svolge poi per evoluzione il *diritto di punire*. Osservammo inoltre, che col perfezionarsi dell'uomo alla reazione *istantanea* segue la reazione *repressa per un tempo più opportuno*, cioè la *vendetta* (1). E la *vendetta* può avere anche per iscopo la *intimidazione*, oltre quello della soddisfazione del sentimento di dolore provato per l'offesa o per il danno sofferto. Onde non molto esattamente si espresse il Padelletti, e con lui molti altri scrittori della storia del diritto penale, quando scrisse, che il diritto penale di tutti i popoli incomincia dalla vendetta e dalla espiazione religiosa (2). No, la forma rudimentale, colla quale si presenta la penalità, è la *reazione istantanea*, come ha anche dimostrato lo Zocco-Rosa, facendo adesione alle idee dai noi sostenute (3).

Posti come veri questi principi scientifici, che hanno il loro fondamento nella natura umana e che trovano la loro conferma nei costumi dei popoli selvaggi moderni, ci domandiamo; nei tempi preistorici di Roma fu in vigore la *reazione istantanea*, oppure la *vendetta*? Per rispondere a tale domanda bisogna esaminare lo stato di vita dei romani nei tempi, che precedono la storia. Or bene è fuori dubbio, che il popolo romano non è un popolo primitivo, perchè secondo i risultati della etnografia e della filologia comparata, e, in generale, secondo i risultati della filosofia scientifica moderna, un aggruppamento delle stirpi arie, che dimorarono nell'Asia, si rivolse a ponente, e questo gruppo si divise in settentrionale (slavi e germani) e meridionale lungo i lidi del Mediterraneo (celti, greci, itali).

(1) Vedi il nostro lavoro sopra citato.

(2) PADELLETTI, op. cit.

(3) ZOCCO-ROSA, *L'età preistorica ed il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma*: lavoro molto importante.

Or, per essere aumentata la popolazione al punto da emigrare è da ritenere, che fossero trascorse parecchie migliaia di anni dal primo apparire della specie umana fino alle emigrazioni cennate, e che quindi le stirpi elleniche ed italice fossero uscite dallo stato selvaggio.

Scrivono il Padelletti intanto, che l'antico diritto penale di Roma ci si offre in uno stato assai progredito di civiltà e che deboli sono le tracce della vendetta privata, mentre più numerose sono quelle del principio sacrale. E la maggior parte degli scrittori, che trattarono della storia del diritto penale romano, concordano nel ritenere che la vendetta sia stata la prima forma della penalità romana. E l'illustre Ihering, che non pone in dubbio la esistenza di un periodo della vita di Roma anteriore alla esistenza dello Stato, cioè di aggregazioni sociali organizzate per virtù di un potere centrale moderatore, ammette che esistette allora la vendetta individuale e privata, mancando gli organi necessari all'attuazione del diritto (1). Lo Zocco-Rosa, uno dei più diligenti e dotti scrutatori delle origini del diritto a Roma, seguendo i risultati della filosofia scientifica moderna sostiene, che avendo il popolo romano oltrepassati i più rozzi *stati della vita*, si trovava in quel momento dinamico della medesima, che dicesi *barbarie*, ed in cui è sorta la famiglia, è sorta col *capo* la prima forma di *autorità* e di *governo*, le offese si vendicano dal capo o dai singeniti, e che quindi non esisteva più quella forma rudimentale della penalità, di cui sopra si è fatto menzione, cioè della *reazione istantanea* (2).

Non manca tuttavia chi ardisce affermare che anco nei tempi preistorici fu ignota ai Romani la *vendetta*; ma

(1) IHERING, op. cit.

(2) ZOCCO-ROSA, op. cit.

questa opinione ci sembra del tutto infondata, perchè, come fra breve mostreremo, esistono le tracce della vendetta privata, sebbene deboli esse siano, come ben si ammette dalla maggior parte degli storici (1).

Da quanto fin qui abbiamo esposto si rileva agevolmente, che da tutti gli storici del diritto penale romano viene esclusa la esistenza di quella forma rudimentale della penalità, che abbiamo denominato *reazione istantanea*, o, per dire meglio, non si fa menzione di essa. Abbiamo creduto opportuno correggere l'espressione, perchè a noi sembra che gli storici non abbiano distinto i due stadi diversi della *reazione individuale* contro le offese ricevute, cioè quello della *reazione istantanea*, e l'altro della *reazione repressa per un tempo più opportuno*; distinzione, che, se non ci inganniamo, sembraci aver fatto noi per la prima volta nella storia del diritto penale, poichè tutti gli storici del diritto penale accennano alla *vendetta individuale* come a forma primitiva della penalità. Essi adunque hanno confuso le due specie di *reazione individuale*, ma non perciò, crediamo, hanno assolutamente esclusa la esistenza della forma più rudimentale della reazione, cioè la *reazione istantanea*. E noi riteniamo, che questa forma ci sia stata per le seguenti ragioni: 1° perchè la *reazione istantanea* contro le offese è il fatto naturale più comune, diciamo meglio, è la tendenza psicoorganica connaturata nell'uomo e comune anco agli altri animali, tanto che anco nelle società progredite, presso le quali è costituito un forte potere centrale, non sono infrequenti i casi d'impiego della forza individuale arbitraria, la quale, come ben dice lo Schaeffle, non potrà mai essere

(1) ZUMPT, *Das Criminalrecht des röm.*

esclusa dalla lotta umana per la vita: 2° perchè anche ritenuto, che nei tempi preistorici di Roma fosse sorta la famiglia, e le offese si vendicassero dal *capo* o dai *singeniti*, non viene perciò esclusa la forma della *reazione istantanea*, la quale ci apparisce più comune mano mano che risaliamo ai tempi primitivi. Noi quindi non solo respingiamo l'opinione dello Zumpt, che sostenne essere ignota ai Romani nei tempi preistorici la *vendetta*, ma dichiariamo ancora di non potere accogliere l'opinione dello Zocco-Rosa, che sostiene essere solamente ad essi ignota la forma rudimentale della *reazione istantanea*.

Ed in ordine alla *vendetta o reazione repressa* non fa mestieri dire, che essa presso i romani primitivi servi a quel duplice scopo, al quale, come altrove abbia dimostrato, serve la vendetta cioè: 1° o a soddisfazione dell'animo turbato dall'offesa ricevuta: 2° o ad intimidazione non solo dell'offensore, ma anco di coloro che, in mancanza della vendetta, potrebbero essere propensi a recare analoga offesa. Sebbene non esistano indizi intorno a ciò, pure siccome osservando il fenomeno della vendetta presso i popoli civili si rileva facilmente quel duplice scopo, così è da indursi che lo stesso carattere abbia dovuto presentare la vendetta nei tempi primitivi, anzi non essendo sorto allora un potere sociale moderatore, lo scopo del vendicatore dovette essere quello di *intimidire*.

Dell'esistenza della *vendetta* nei tempi preistorici di Roma, sebbene, come si è detto, rimangano deboli tracce, pure il dubbio non è permesso intorno ad essa. E sul proposito diciamo col dotto Prof. Cogliolo, che in tutte le ricerche paleontologiche vi sono due generi di prova; 1° le tracce che uno stadio di evoluzione serba dello stato precedente; 2° il processo biologico di un certo istituto, che nasce in tempi storici e che fa in breve e come in

riassunto tutti i passi che fecero lentamente istituti nati in tempi preistorici (1). Crediamo anzi utile aggiungere, che talora per quelle ricerche giova studiare le consuetudini dei popoli selvaggi moderni, perchè presso essi si trovano le forme rudimentali di parecchi istituti giuridici dei popoli progrediti nella civiltà.

Premesse tali considerazioni esaminiamo attentamente quali elementi vi siano per provare la esistenza della *vendetta privata* nei tempi preistorici di Roma.

E dapprima notiamo, che la vendetta nei tempi primitivi ha assunto due forme: quella della vendetta privata *individuale*, e l'altra della vendetta privata di *sangue*, poichè è fuori dubbio che quando i vincoli di famiglia o di tribù si rafforzarono la vendetta fu esercitata anco dai membri delle famiglie o delle tribù. Ed era un dovere la vendetta, come è nelle razze umane inferiori, ed anco nelle infime classi dei popoli civili.

Or il Padelletti ed altri storici credono, che una traccia dell'esistenza della vendetta privata individuale è da riconoscere nella facoltà del marito di uccidere non solo la moglie sorpresa in flagrante adulterio, ma anco l'adultero. Nè era necessario il *judicium domesticum*, come per le altre colpe commesse dalla moglie, esempio; l'ubriachezza abituale, falsificazione di chiavi, ecc. ecc.

Un passo di Aulo Gellio esclude ogni dubbio sul proposito. Scrive egli infatti; *de jure autem occidendi ita scriptum est: in adulterio uxorem tuam si deprehendisses sine iudicio impune necares: illa te (si adulterares) digito non auderet contingere, neque jus est* (2).

(1) COGLIOLO, op. cit.

(2) GELLIO, op. cit.

A dire il vero, a noi non sembra che nella facoltà accordata al marito di uccidere la moglie adultera si trovi una traccia della *vendetta o reazione repressa*, ma piuttosto una traccia della *reazione istantanea*, poichè pare, che quella facoltà fosse limitata al caso della sorpresa in flagranti (*in adulterio deprehendisses*). Ma checchè si voglia pensare intorno a ciò, crediamo tuttavia innegabile l'esistenza della vendetta privata individuale, non solo per le considerazioni generali sopra fatte, ma anco per quella legge delle XII tavole, nella quale stava scritto: « si membrum rup(s)it ni cum eo pacit talio esto ». Infatti questo frammento della legislazione decemvirale, che riconosce la legittimità del *taglione* per i reati che offendono la integrità personale, nel caso in cui la *composizione* non abbia avuto luogo, ci fa facilmente rilevare che nei tempi anteriori a quella legge e propriamente nei tempi preistorici forma rudimentale della penalità fu la vendetta, tanto come vendetta *individuale*, quanto come vendetta di *sangue*.

Ed invero niuno potrà negare, che il *taglione* sia stata una forma grossolana della penalità, un ostacolo all'azione brutale della vendetta, e, come bene osserva il Thonissen, un primo progresso nella sfera del diritto penale: e parimenti non si negherà che la *compensazione* sia stata un secondo grado di progresso nella penalità, poichè stabilita allo scopo di rimuovere non solo l'attuazione della vendetta di sangue e della vendetta individuale, ma anco del taglione. Onde osserviamo, che se al tempo della legislazione decemvirale, che è di molti secoli posteriore all'epoca preistorica, di cui ci occupiamo, era riconosciuto legittimo il taglione, in quell'epoca dovea essere un fatto ordinario la vendetta privata. Ed il Pessina afferma, che la condizione del *ni cum eo pacit* del frammento sopra

citato mostra, che certi reati, ma non i *gravi*, non i *capitali*, erano lasciati all'arbitrio delle parti stesse.

E se si considera inoltre, che trattandosi di controverse civili, anco nei tempi storici erano permessi modi violenti per la riaffermazione del diritto privato offeso, tanto meglio risulterà evidente che la vendetta privata sia esistita nei tempi preistorici per tutte quelle offese, che erano dirette contro la persona o contro la proprietà.

Le ragioni anzidette valgono anco per dimostrare la esistenza della vendetta di *sangue* nei tempi preistorici, sebbene manchino elementi di prova abbastanza evidenti.

Il Padelletti indica come tracce della vendetta di sangue alcuni passi di Cicerone, di Valerio Massimo, di Aulo Gellio, di Appiano Marcellino. Lo Zocco-Rosa sostiene che, tranne il passo di Cicerone, gli altri non contengono tracce di quella forma di vendetta privata. Egli ha ragione, poichè la semplice lettura dei passi degli altri scrittori basta per fare rilevare che essi non hanno nessuna relazione colla questione, di cui trattiamo. Il passo di Cicerone è il seguente: *Itaque hoc non sine causa etiam fictis fabulis doctissimis homines memoriae prodiderunt eum qui patris ulciscendi causa matrem necasset non solum divina, sed etiam sapientissimae Deae sententia liberatus* (1). Ma, come è facile vedere, neppur questo passo dell'illustre oratore offre una prova evidente della esistenza della vendetta di sangue.

Lo Zocco-Rosa crede intanto, che tracce decisive, chiare, irrefragabili dell'esistenza della vendetta di sangue nella antichissima Roma siano quelle, che si incontrano nel Codice e nei Digesti, e precisamente in quei frammenti, nei

(1) CICERONE, *Pro Milone*.

quali si tratta dell'obbligo dei parenti di vendicare giudizialmente la morte di un loro ascendente (1). Essi, dice il chiaro scrittore, sono preziose tracce dell'antico principio della *vendetta ereditaria*, ora non più abbandonata all'arbitrio individuale, ma legalizzata e posta sotto l'egida potente dello Stato. Senza alcun dubbio, la *vendetta legale*, di cui fanno menzione il *Codice* ed i *Digesti*, ci danno certezza dell'esistenza della *vendetta di sangue* dei tempi preistorici, poichè per i risultati della filosofia scientifica moderna è indiscutibile, che col sorgere degli Stati, o, meglio, col costituirsi delle vere società umane, l'arbitrio individuale subì restrizioni, e norme speciali furono dettate per lo esercizio della vendetta. E come nel *taglione* e nella *compensazione* è da ravvisare il predominio del potere sociale sull'arbitrio individuale, lo stesso bisogna dire della *vendetta giudiziale o legale*, di cui fanno menzione i frammenti del *Codice* e dei *Digesti*.

Crediamo noi intanto, che oltre alle disposizioni contenute in questi frammenti ci siano altre ragioni per dimostrare la esistenza della vendetta di sangue nei tempi preistorici di Roma. E dapprima diciamo, che le considerazioni sopra fatte in ordine alla esistenza della vendetta privata *individuale* si possono fare valere anco per la dimostrazione della tesi in esame.

Facciamo notare poi, che secondo i risultati della filosofia scientifica moderna col sorgere di un *potere sociale* moderatore nelle primitive aggregazioni umane, i capi stabilirono norme particolari relativamente a tutte quelle azioni, che potevano recare nocumento al benessere co-

(1) MARCIANO, (*e libro singulari de delatoribus*): MODESTINO, (*e libro IX Regularum*): PAOLO, (*e libro XVI responsorum*): Cod. l. 1. Ad Sc. Silanianum,

mune, e lasciarono all'arbitrio individuale o ai padri di famiglia la potestà di provvedere a tutto ciò che riguardava l'interesse loro privato. Scrive egregiamente sul proposito il Pertile, che essendo da principio incompleto il concetto dello Stato la società civile si limita a garantire se stessa col proteggersi dai pericoli esterni ed interni; ma solo per quei soli fatti, che importano pericolo alla società si eccita la vendetta sociale e si infligge una pena (1). Ciò importa che col sorgere degli Stati primitivi non tutti i delitti sono puniti dal potere sociale, ma solo alcuni, e tutti gli altri sono lasciati all'arbitrio dei privati, cioè o alla vendetta privata individuale od alla vendetta privata di sangue. E se ciò è vero, è innegabile anche che nei tempi preistorici di Roma, quando lo Stato non erasi costituito, ma esistevano solo tribù, o eranvi le *Comunanze di Villaggio*, fatto consuetudinario dovette essere non solo la vendetta individuale, ma anco la vendetta di *sangue*, poichè la *famiglia* erasi fortemente costituita.

Non è inutile infine ricordare, che nei tempi storici i delitti che noi denominiamo delitti contro l'*ordine delle famiglie* erano abbandonati al giudizio del *tribunale domestico*, traccia sicura della prevalenza della vendetta di sangue nei tempi preistorici (2).

Concludiamo, adunque, col dire che molte tracce si trovano dell'esistenza della vendetta di sangue nei tempi preistorici di Roma.

Passiamo ora ad altre considerazioni.

In altro luogo abbiamo dimostrato, che nei tempi primitivi dell'umanità col modificarsi dei sentimenti egoistici

(1) PERTILE, *Storia del diritto it.* Parte III.

(2) Vedi anche LEIST. *Graeco-italische Rechts Geschichte.*

alla vendetta individuale ed alla vendetta di sangue si sostituì a poco a poco anco per le gravi offese la *compensazione* del danno prodotto, fenomeno che si osserva anco presso molte tribù selvagge moderne, e che chiaramente è osservabile nelle consuetudini dei popoli germanici antichi.

Or noi ci domandiamo, la *compensazione* ebbe luogo anche nei tempi preistorici di Roma? — La risposta non può essere che affermativa; poichè nel frammento sopra citato della legge decemvirale (*si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto*) si fa parola appunto della *composizione*. La parola *pacio*, che secondo i filologi dipende dalla stessa radice del verbo *paciscor*, racchiude infatti il concetto dell'*accordo* nei rapporti fra l'offeso e l'offensore (1). Ed indubbiamente nei primi tempi anche presso le genti italiche il prezzo della *composizione* fu pagato per mezzo di animali.

Or, diciamo noi, se la *composizione* è riconosciuta nella legge decemvirale, essa ha dovuto esistere anco nei tempi preistorici, ma certamente in tempi poco lontani dai tempi storici, poichè la *composizione*, che fu adottata dagli antichi per rimuovere gli inconvenienti gravi nascenti spesso dall'uso della vendetta individuale e della vendetta di sangue e per il mantenimento della pace fra le varie famiglie, la *composizione*, diciamo, segna un progresso nella storia della penalità.

La *composizione*, adunque, è un fatto umano che ha origine nei tempi preistorici e continua a sussistere nei tempi storici, che a quelli immediatamente susseguono, e quando si sono formate già le prime società umane, e con capi speciali.

(1) Vedi CUIACIO, *Inst. de injur.*

E nei tempi preistorici il prezzo della composizione è abbandonato allo arbitrio dello individuo offeso e della famiglia offesa. E così dovette essere anco nei tempi preistorici di Roma. Infatti la composizione ha una misura certa, quando sorge un potere sociale nel seno delle aggregazioni sociali umane, quando si costituiscono gli Stati. Così le *leges barbarorum* contengono determinate norme per il prezzo delle composizioni, e nel frammento IV della legge decemvirale troviamo scritto: *si iniuriam faxsit viginti quinque pœnæ sunt*. E Gaio e Gellio ci ricordano quest'altra disposizione: *manu fustive si os fregit libero CCC (si), servo CL pœnam subito*. Da tali tracce della composizione nei tempi storici può facilmente indursi, che nei tempi preistorici, quando ancora lo Stato non era sorto, la composizione era lasciata allo apprezzamento delle parti offese, fossero individui o famiglie.

Nel nostro lavoro sopra citato abbiamo fatto rilevare, che vi è un periodo dell'umanità, in cui si incomincia a stabilire il culto religioso, e sacerdoti e capi che si pretendono investiti del potere sociale per opera degli Dei governano le prime società. Ed allora anco la penalità assume un carattere teocratico o religioso, perchè la pena ha per iscopo la vendetta della divinità offesa.

Or noi ci domandiamo: nei tempi preistorici le forme rudimentali della penalità, di cui finora si è fatto menzione, ebbero anche carattere religioso?

A dire il vero, il culto religioso si istituisce e l'autorità sacerdotale sorge, quando si sono organizzate le famiglie e formate le *genti* o *tribù*. Ma è innegabile d'altro lato, che le religioni non si formano in un istante, ma per evoluzione, e che le prime forme religiose appaiono nei tempi preistorici anco prima che la vita famigliare siasi sviluppata, perocchè la credenza in esseri occulti

sorge negli uomini primitivi immediatamente alle energiche impressioni, che essi subiscono alla vista dei fenomeni meravigliosi della natura.

Tuttavia noi crediamo, che tra le varie forme rudimentali della penalità sopra cennate, solo quella della *vendetta del sangue* sia la prima, che possa rivestire carattere religioso, perchè col costituirsi delle famiglie sorgono le credenze all'esistenza di esseri occulti, custodi di esse, ed anco dei sepolcri, ove vengono deposti gli avanzi dei corpi dei defunti delle singole famiglie. Ed Ambrosch, Vannucci, ed altri illustri storici ci ricordano, che presso i Romani custodi della città erano i *Penati*, delle famiglie i *Lari*, dei sepolcri i *Mani*, e che molto curiosi e strani furono alcuni riti funebri di quel popolo (1).

Or bene, ciò posto, la vendetta di sangue nei tempi preistorici di Roma dovette necessariamente presentare un carattere religioso. E ciò affermano appunto il Panteleoni, il Walter ed altri storici della vita del popolo romano, ricordandoci la tradizione antica, che fa errare i *Mani* dell'ucciso, finchè non sono vendicati (2). Ecco adunque una traccia sicura del carattere religioso della vendetta del sangue in Roma preistorica.

Il Padelletti afferma, che nelle origini dei popoli è ben difficile dire, se abbia preceduto la vendetta privata o la espiazione sociale, e che accanto alla salda unione delle genti e delle famiglie, che dà origine alla vendetta, incontriamo riti religiosi. Non crediamo esatte tali idee, perchè secondo i risultati della filosofia scientifica, come già abbiamo osservato, la vendetta privata precede i riti

(1) Vedi BOISSIER, op. cit.; AMBROSCH, *Religionsbucher der Röm.*

(2) Vedi le opere citate di questi scrittori.

religiosi, e solo la vendetta di sangue può accompagnarsi a forme religiose. Ed è appunto per questa anteriorità della vendetta privata a quei riti, che nella storia del diritto romano troviamo deboli tracce della vendetta, come riconosce lo stesso Padelletti, e numerose relativamente quelle del principio sociale.

Ma la religione è soggetta anch'essa alla legge di evoluzione, e quindi gradatamente le primordiali credenze o sentimenti religiosi si sviluppano e divengono più complessi, e propriamente quando si formano le tribù o genti e cominciano le dimore stabili. Il che avviene col passaggio delle genti dalla vita nomade alla vita agricola. Allora sorgono i primi veri riti, hanno luogo le prime espiazioni, e la costituzione delle caste sacerdotali diviene una necessità. Ecco il periodo *teologico*.

Nelle prime epoche di questo periodo sacerdoti o capi politici, che sono ritenuti oppure si proclamano ispirati da esseri superiori dettano norme regolatrici della condotta degli individui facienti parte della *tribù* o della *gens*. Ed allora negli atti della vita civile, e quindi anche nelle forme della penalità si accentua sempre più l'influenza del principio religioso. Onde bene si comprende, perchè la religione dapprima impone che i limiti dei campi siano rispettati, e li dichiara sottoposti alla protezione della Divinità: perchè è cacciato ed ucciso colui che viola il confine, e perchè il delitto in generale è ritenuto come un'offesa agli Dei, ecc. ecc. (1).

L'influenza religiosa sullo svolgimento della vita sociale non è di breve durata, e perciò noi considerando il popolo romano scorgiamo questa influenza non solo nei tempi

(1) Vedi ciò che dicemmo, trattando della *Religione e diritto*.

preistorici, ma anco nei tempi storici. Nelle leggi delle dodici tavole sta scritto: *patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*. Molti dubbi si sono mossi intorno a questo frammento, poichè, per non dire di molti, secondo Fulvio Ursino quel frammento dovea essere redatto nel modo seguente: *sei patro clientei fraudem faxsit Patronus Clientis Deiveis sacer estod* — secondo Mommsen al *sacer esto* bisogna aggiungere *Diti patri* — e secondo Zocco-Rosa la formola *Sacer esto* potrebbe esplicarsi in doppio modo, cioè:

1° in genere: *Sacer esto* (diis inferis).

2° in ispecie: *Sacer esto* (Diti, Cereri, Vestæ) (1).

Qualunque sia la espressione che voglia sottintendersi nella formola cennata, certo è che in essa è racchiuso un concetto eminentemente religioso, poichè si stabilisce che il patrono, che abbia frodato il cliente, è *sacro all'ira divina*. E basta volgere lo sguardo alle opere degli scrittori latini, che si valsero di quella espressione, per convincersi della verità di ciò che diciamo.

Padelletti crede, che nel frammento citato si contenga una semplice *sanzione morale* e non già un vero comando di uccidere il patrono, ma che nei tempi antichi prima dei re la *sacratio capitis* dovette essere una pena gravissima. Scrive infatti egli: « non è poi da credersi che l'autorità civile sancisse l'uccisione di chi secondo le XII tavole cadeva nella sacertà per la violazione dei doveri di patronato: si tratta evidentemente di sola sanzione morale, della quale del resto non si deve stimar poca la forza nell'antica Roma; la punizione era riservata agli dei ».

Noi, a dire il vero, crediamo col Padelletti e con altri illustri storici del diritto romano, che nei tempi storici la

(1) Zocco-Rosa, op. cit.

sacratio capitis non ebbe più quei caratteri di estrema severità, che ha dovuto avere nei tempi preistorici, quando le caste sacerdotali erano le sole caste dirigenti, e che all'epoca della legge decemvirale la *sacertà*, per la quale era richiesto, come dice lo stesso Festo, il giudizio del popolo, erasi ridotta ad una semplice *sanzione morale*. Ma a noi poco importa del resto sapere qual carattere si avesse la *sacertà* in quest'epoca, perchè noi intendiamo studiare il diritto penale nei tempi preistorici di Roma, onde anche ammesso, come crediamo, che ai tempi delle leggi delle XII tavole essa fosse una *sanzione morale*, non verrebbe perciò posto in dubbio quel carattere di severità, che essa ha dovuto avere nei tempi anteriori a quelle leggi. In questi tempi la dichiarazione di *sacertà* fatta dai sacerdoti importava, che l'individuo da essa colpito poteva essere impunemente ucciso da chiunque, quale essere malvaggio, nemico degli Dei, e da essi maledetto, e causa di mali per le genti, finchè non fosse stato ucciso.

Ma per quali delitti o azioni malefiche avea luogo la *sacratio capitis* nei tempi preistorici? Noi crediamo, che essa ebbe luogo solo per quelle azioni che offendevano gli esseri divini, o costituivano una violazione dei più importanti precetti religiosi, poichè se è vero, come sopra abbiamo dimostrato, e come viene provato dai risultati della filosofia scientifica moderna, che i primi reggitori delle genti non curarono di punire le azioni che offesero solo i privati, ma quelle che recarono nocimento alla comunanza, è indubitabile che colà dove prevalse l'influenza delle caste sacerdotali le azioni, che dovettero essere giudicate da esse e punite, non poterono essere se non quelle che racchiudevano un'offesa alle divinità, di cui essi si vantavano rappresentanti o vindici.

Gli scrittori romani infatti ci ammaestrano, che erano

ritenute azioni offensive degli dei; la profanazione delle are, lo stupro delle Vestali, la remozione dei confini dei campi (offesa diretta al Dio *Termine*, il quale avea un culto speciale presso il popolo romano), il tradimento del patrono verso il cliente, di cui fino nelle XII tavole si fa menzione. Ed è inoltre da notare, che, oltre questi, altri reati non diretti contro gli dei si riteneva suscitassero l'ira di questi, e forse anco la *sacratio capitis* dovette aver luogo per tali reati. Bisogna tuttavia riconoscere la impossibilità di penetrare a fondo in quelle remote età, per vedere fino a qual punto la religione abbia esercitato la sua influenza sulla penalità. Solo come certo può essere ammesso, che per quelle azioni che direttamente offendevano gli dei eravi la *sacratio capitis*, colla quale credevasi vendicare questi ultimi. Ed ecco la *vendetta religiosa* o *divina*, altra forma della penalità in quelle epoche. E ben disse sul proposito l'illustre Ihering, quando affermò che la sacertà rispetto alla *religione* corrisponde per carattere alla vendetta privata, che nei tempi antichi avea luogo per le offese tra privati e privati (1).

La *sacratio capitis* dà origine intanto ad una questione, se, cioè, essa sia stata una *pena*. Alcuni scrittori hanno ritenuto l'affermativa. Fra gli altri il Rein adduce come ragione dimostrativa del carattere penale della *sacratio*, che la pena nei tempi antichi altro non fu, che un soddisfacimento privato (2). Molti altri storici della criminalità, che non considerarono solamente il diritto penale romano, hanno ancor essi sostenuto che la vera origine della pena è da farsi risalire alla compensazione del danno, ed infatti, dicono essi, la parola *pena* viene dalla voce

(1) IHERING, op. cit.

(2) REIN, *Das Criminal recht der Römer*.

greca *poine*, che significò *compenso del danno prodotto*. Ma, come altrove abbiamo dimostrato, è erronea tale dottrina, poichè forme rudimentali della penalità debbono ritenersi la reazione istantanea, la vendetta individuale, e la vendetta di sangue.

Or Ihering sostiene, che la *sacratio* non sia stata una pena, ma un fatto precursore di questa, perchè il concetto primitivo della *pena* è quello della *purificazione*, e fino a quando questa purificazione non ha luogo, lo stato di *sacertà* non cessa. Per quanto sottile sia l'analisi, che ha fatto l'illustre romanista tedesco, della *sacratio*, non ci persuade ad accogliere l'idea da lui sostenuta, perocchè la *sacratio* ci si presenta come un'altra forma rudimentale della penalità sviluppatasi sotto l'influenza del principio religioso. La distinzione che vuol fare l'Ihering fra il mezzo di purificazione (pena) e lo stato di *sacertà*, oltre che sembra una distinzione impossibile ad essere concepita in quell'epoca, non distrugge del resto il principio da noi ritenuto, che cioè la *sacratio* fosse anche essa una forma rudimentale della penalità. Ed infatti finchè il delinquente non si era *purificato* restava in un stato *eslege* in uno stato anormale, che è appunto uno stato di dolore e di affanno per lui. E quando anco si voglia paragonare la *sacertà* alla *scomunica* della chiesa cattolica, non potrà negarsi che la condizione dello scomunicato sia anormale, doloroso, dal quale non può egli liberarsi se non colla sostituzione di altro dolore, che gli viene imposto dalla chiesa.

E che la *sacratio capitis* sia stata una forma rudimentale della penalità, nei tempi specialmente, in cui ancor il potere sociale non erasi energicamente affermato, e prevalente era il principio religioso, si può anco dimostrare in base al fatto inconcusso, che la *consacratio*

bonorum di colui che era stato condannato cominciò a cadere in disuso col prevalere del potere laico, per essere sostituita dalla *publicatio bonorum*, che avea luogo nello interesse dello Stato.

Tanto basta, crediamo noi, per ritenere esatta la risoluzione in senso affermativo della superiore questione.

Per completare l'ordine delle nostre idee riguardo al carattere religioso della penalità nei tempi primitivi di Roma, aggiungiamo solo che a poco a poco la casta sacerdotale andò perdendo e che l'esistenza dei giudizi penali del collegio dei pontefici, come bene osserva il Paddelletti, accenna ad una più estesa giurisdizione in epoca remota.

Altrove abbiamo affermato col Thonissen, che il taglione è un primo progresso nella sfera del diritto penale, perchè ristabilisce una specie di *proporzione*, ed è un ostacolo all'azione brutale della vendetta. Il taglione, adunque, presuppone una società alquanto progredita, con ordinamenti speciali e con un potere sociale moderatore delle più importanti azioni individuali. E se ciò è vero, sembra impossibile che nei tempi preistorici di Roma sia stato in uso il taglione. Crediamo tuttavia che questa impossibilità, non possa con argomenti validi essere sostenuta, poichè non sarebbe strano ammettere, che anco quando gli uomini vissero aggregati in tribù o genti, i capi di questi avessero tentato di mettere un limite allo esercizio della vendetta individuale o di sangue mercè il taglione.

Un frammento delle XII tavole già da noi citato accenna alla pena del taglione per casi di lesioni personali, poichè in esso leggesi *si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto*. Ed il taglione, come è facile osservare, era già per queste leggi sottoposto ad alcuni temperamenti che il Montesquieu seppe ben determinare, quando disse, che

la legge delle XII tavole non condannava al taglione, se non quando non avea potuto aver luogo la composizione coll'offeso, e che dopo la condanna potevasi pagare i danni ed interessi, e la pena corporale convertirsi quindi in pena pecuniaria (1). Or da quel frammento si potrebbe indurre, che nei tempi più antichi, ed anco preistorici, fosse in uso il taglione in tutto il suo pieno vigore, senza temperamento alcuno, come ebbe luogo presso i popoli orientali, giacchè nell'epoca, in cui furono formate le dodici tavole, esso era stato modificato per la progredita civiltà.

Ma tale induzione, a dire il vero, non ci sembra molto fondata, perocchè potrebbe mettersi in dubbio che il taglione sia stato in uso nei tempi anteriori alle XII tavole, avvegnacchè nessun vestigio di esso abbiamo, e potrebbe anco sostenersi, che esso sia stato introdotto per influenza della legislazione greca sulla legge decemvirale. Attesta infatti Demostene, che nella legislazione locrese di Zeleuco esisteva il taglione, e sappiamo tutti che i Pitagorici sostennero la legittimità di questa pena. Di fronte a tali dubbi noi non crediamo, che si possa emettere un giudizio sicuro. Ad ogni modo il taglione, come una delle varie forme rudimentali della penalità, nei tempi veramente preistorici non ha luogo, ma in quelli che segnano il passaggio tra questi e gli storici, e nei tempi storici antichi.

Alcuni scrittori della storia del diritto romano hanno ricercato, se nei tempi remoti di Roma fossero stati praticati i *duelli giudiziari* ed i *giudizi degli Dei*. La ricerca è molto difficile, non per la ragione addotta da alcuni; che il diritto penale romano anche più antico si presenta

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*.

in uno stato relativamente assai progredito, ma perchè si tratta di dovere risalire a tempi molto remoti, e di cui non sopravvivono leggende in ordine a talune condizioni della vita sociale di quelle genti, che formarono il popolo romano. Vogliamo tuttavia fare alcune considerazioni.

È vero, che presso i popoli germanici nei tempi primitivi le questioni nascenti da offese private risolvevansi colle armi, ma è vero del pari che il duello come fatto, rivestito di carattere giuridico, o, per dire più breve, il *duello giudiziario* suppone uno stato sociale, in cui sia apparsa già la prima organizzazione di alcuni poteri sociali, e propriamente di quelli che sono condizione necessaria per istabilire l'ordine delle umane convivenze. Ad ogni modo, mancando gli indizi sull'esistenza dei duelli giudiziari, riteniamo che non sia permesso manifestare un giudizio sull'esistenza o meno di essi.

Rispetto ai *giudizi degli dei* crediamo, che si possa ammettere che siano stati essi noti nei tempi preistorici di Roma. E le ragioni principali ci sembrano le seguenti; 1° che in generale presso tutti i popoli antichi furono essi in uso; 2° che nella storia di Roma troviamo tracce sicure di essi. Il Pantaleoni, che sostiene anco tale idea, ricorda il fatto di Muzio Scevola, delle due vestali Tuccia ed Emilia, il combattimento fra gli Orazi ed i Curiazi, quello di Bruto e Sesto (1). Conveniamo collo Zocco-Rosa, che questi fatti sono leggendari e qualcuno anco inverosimile, ma riteniamo che ciò non ostante, sebbene essi non si riferiscano molto direttamente alla penalità, pure siano un indizio sicuro della credenza prevalente allora, che in certi casi bisognasse ricorrere al giudizio dei Numi per dirimere

(1) PANTALEONI, *Storia civile e costituzionale di Roma*.

alcuni dubbi. Aggiungasi del resto l'altra ragione, che presso la maggior parte dei popoli antichi furono in uso i giudizi degli dei, e sarà agevole il persuadersi che il popolo primitivo di Roma non presentando caratteri diversi da quelli degli altri popoli, presso i quali si praticarono i giudizi degli dei, ha dovuto anco riconoscere in questi un mezzo sicuro per risolvere alcuni dubbii su questioni di grave interesse sociale.

Prima di porre fine al nostro studio intorno alla penalità nei tempi preistorici crediamo, che sia utile stabilire un confronto tra alcune forme rudimentali della penalità dei tempi preistorici di Roma e quelle che furono in uso presso i popoli germanici e che presentano caratteri comuni con esse. Tale confronto gioverà non solo a miglior conferma delle idee sopra manifestate, ma anco per dimostrare, che quelle forme possono assumere caratteri diversi secondo l'indole del popolo (1).

Non parliamo delle forme rudimentali della *reazione istantanea* e della *vendetta individuale*, perchè esse non sono rette nelle loro manifestazioni da leggi generali e costanti. Dicemmo altrove sul proposito, che la reazione istantanea non ha di regola altri limiti se non quelli segnati dall'impeto collerico e dalla forza organica dei due contendenti, offensore ed offeso, e che la vendetta individuale ha il suo limite non solo nelle condizioni or cenate, ma anco negli impulsi più o meno animaleschi dello offeso, che mira ad infliggere un male al suo offensore. È impossibile, adunque, trovare leggi fisse e costanti in

(1) Si richiami qui alla memoria, quanto abbiamo detto in ordine ai rapporti tra la storia del diritto romano e la legislazione comparata.

fatti che sono sottoposti all'influsso di circostanze indefinitamente varie nel loro svolgimento.

Il paragone si rende possibile colla vendetta del sangue, perchè nella estrinsecazione di essa si sogliono stabilire alcuni usi o consuetudini.

Sostengono alcuni, che non possa farsi un paragone fra la vendetta di sangue del popolo romano e la vendetta di sangue dei germani, perchè diversa essendo l'indole dei due popoli diversi caratteri ha dovuto assumere quella forma rudimentale della penalità. I Germani, dicono essi, erano uomini amanti oltremodo dell'indipendenza, ed animati da un energico sentimento della libertà individuale, onde le offese da individuo ad individuo non ritenevansi che quali fatti puramente privati ed estranei all'ingerenza del potere sociale. E siccome l'elemento dell'individualità si compenetrò presso quei popoli intimamente coll'organismo familiare, le offese all'individuo si ritennero quali offese alla famiglia, di cui l'individuo faceva parte, e perciò la *vendetta di sangue* praticata dai Germani è da considerarsi come la più elevata manifestazione del sentimento dell'individualità. Tali sono le idee sostenute da coloro, che vogliono attribuire alla vendetta di sangue presso i germani caratteri diversi da quelli della vendetta di sangue presso i romani.

Essi ritengono, che l'indole del popolo romano sia stata ben diversa dell'indole dei popoli germanici, mancando in quello un energico sentimento dell'individualità e prevalendo un sentimento di sottomissione al principio di autorità.

Che una differenza fondamentale siavi tra il carattere dei popoli germanici e quello del popolo romano non è a dubitarne, ma non crediamo, che per tale differenza possa

ammetersi un profondo carattere differenziale tra la vendetta del sangue presso i due popoli. Ed invero questa si pratica nelle origini di un popolo, quando ancora il sentimento dell'ordine non è sviluppato, e non si comprende il principio di autorità, e quindi lo spirito di indipendenza è di necessità prevalente, qualunque sia il popolo. La sola differenza, che noi crediamo possa essere rilevata tra la vendetta del sangue presso i romani e la vendetta del sangue presso i germani, sta in una certa *moderazione* nello esercizio di essa, poichè è fuori dubbio, che le genti italiche, al pari delle genti elleniche, furono dotate di un sentimento del retto, che non è dato scorgere presso gli altri popoli antichi, e che il popolo romano ebbe questo sentimento più energico, ebbe, in altri termini, l'*istinto della legalità*. Per tal sentimento la *vendetta di sangue* ha dovuto assumere presso i romani un carattere di moderazione o di legalità. Una conferma di questa nostra opinione ci sembra potersi trarre dalle disposizioni non poche che trovansi nelle leggi romane riguardo alla *vendetta giudiziaria*, di cui sopra abbiamo fatto menzione, e dell'importanza morale e giuridica che ad essa attribuivasi.

Tale confronto, a nostro avviso, è giovato per farci ben determinare il carattere della vendetta del sangue nei tempi remoti di Roma, e quindi non è stato inutile.

Ma non solo in ordine alla vendetta di sangue, ma anche in ordine alla *composizione* si è voluto da alcuni storici trovare un carattere differenziale presso quei due popoli. Credono essi che non possa farsi un perfetto paragone tra la *pacio* ed il *Wergeld*. Scrive il Pessina, che non l'*indennizzazione*, ma l'*umiliazione* era lo scopo del *guidrigildo*, che fu prima facultativo, e poi elevato ad istituto

giuridico (1). Si vorrebbe perciò sostenere, che presso i romani la *pacio* fu un semplice *indennizzo* del male sofferto. Ed Ihering pare che cerchi in tutti i modi rafforzare tale idea, quando osserva, che l'antico contadino romano si contentava per uno schiaffo di 25 assi, ed in qualunque caso di offesa, di un indennizzo.

Si rammenta inoltre da parecchi storici, che oltre il *Wergeld* eravi anco il *frieden's Geld*, che era l'ammenda per il mantenimento della pace, e di cui non vi ha traccia nel diritto romano.

A dire il vero, è difficile potere rilevare l'indole dei fatti sociali che hanno avuto luogo in tempi da noi molto lontani, ed è facile l'errore; crediamo tuttavia affermare che una profonda differenza tra la *composizione* romana e quella germanica non vi è, e che il solo carattere differenziale è quello che naturalmente discende dall'indole diversa dei due popoli riguardo al sentimento dell'ordine e della legalità. Questo valse a fare attribuire alla composizione non il carattere estremo di *umiliazione*, ma di un rimedio *legale* allo scopo di evitare fatti non conformi ai veri principi di umanità e di equità (vendetta di sangue, o vendetta individuale, o taglione).

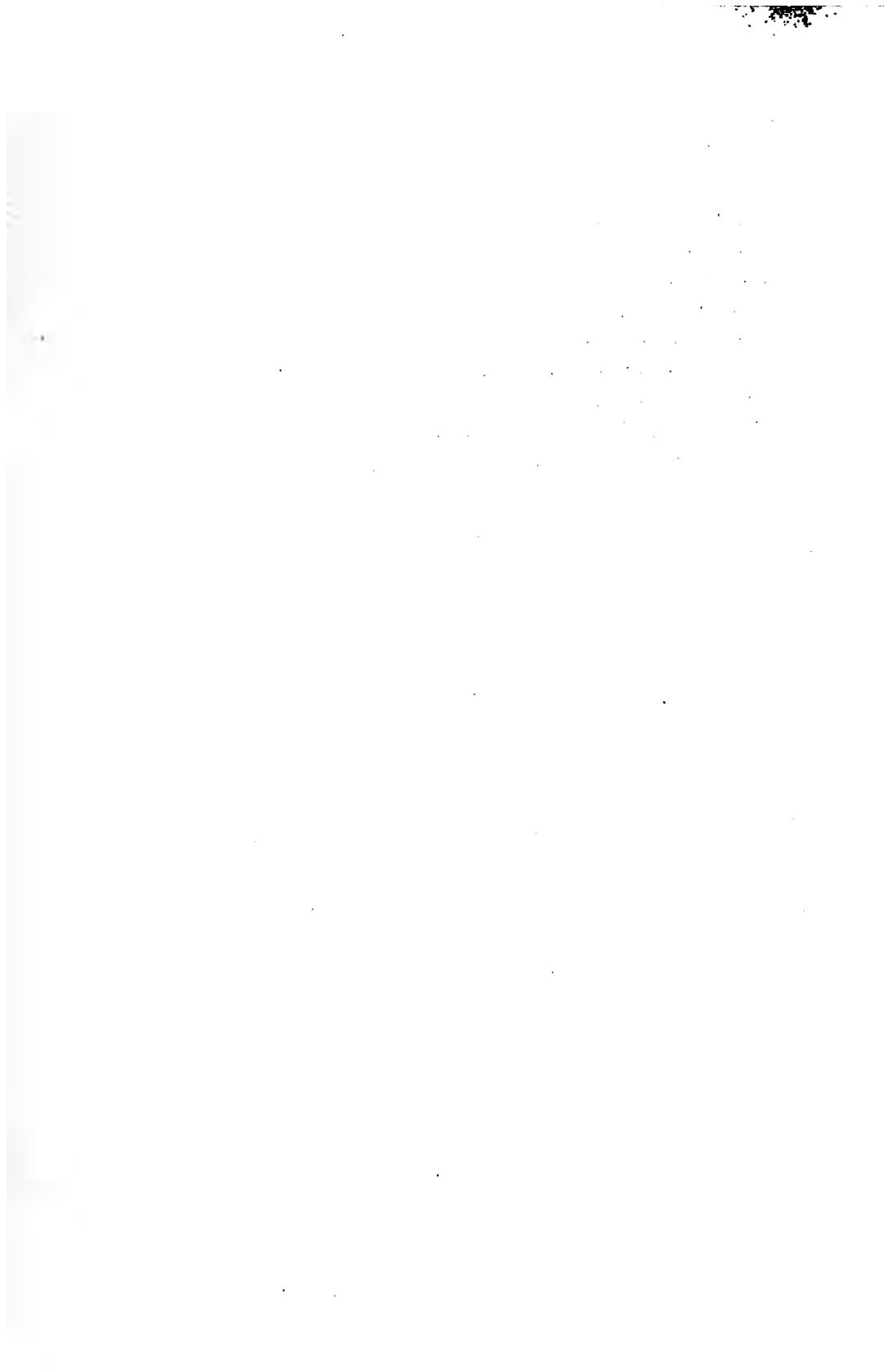
Quì noi poniamo fine a questo breve studio intorno alla penalità nei tempi preistorici di Roma, perchè crediamo di avere esposto le linee fondamentali, che servire potranno per un lavoro più ampio e sorretto da più forti elementi di prova. È quindi opportuno riepilogare le nostre idee.

Nei tempi preistorici di Roma noi abbiamo osservato tutte quelle *forme rudimentali* della penalità, che sono

(1) PRESSINA, *Elementi di diritto penale*.

stati in uso presso i popoli primitivi ed antichi, e presso alcuni popoli selvaggi moderni. Esse hanno rivestito alcuni caratteri speciali per la diversa influenza esercitata da quelle tre categorie di fattori, che concorrono a modificare in modi diversi i fenomeni psichici e sociali, cioè fattori *psichici*, *sociali* ed *antropologici*. Lo studio sopraccennato conferma sempre meglio i risultati della filosofia scientifica moderna, e giova a farci rendere ragione delle leggi penali, che prevalsero in Roma nei tempi storici.





IV.

Roma e le sue relazioni coi popoli vicini dalle origini fino alle XII tavole *

SOMMARIO — Le stirpi italo-greche — Le genti italiche — I greci in Italia e la Magna Grecia — Origine di Roma — Relazioni tra Romani ed Etruschi, tra Etruschi e Greci, tra popoli della Magna Grecia e della Grecia — Legislazioni e costituzioni politiche della Grecia e della Magna Grecia — Confronto fra queste e la costituzione politica di Roma — La filosofia pitagorica.

Col soccorso della scienza del linguaggio si può oggi sostenere in modo più reciso che non pel passato, che le genti primitive che ebbero stanza nell'Asia si siano divise in due vasti gruppi, dei quali l'uno restò fermo (stirpi indiane ed iraniche), l'altro emigrò verso occidente, suddividendosi in due gruppi minori. Di questi uno si rivolse verso settentrione (stirpi slavo-germaniche), l'altro verso mezzogiorno, diffondendosi lungo i lidi del Mediterraneo (stirpi celtiche, greche, italiche). In base ai risultati di quella stessa scienza sembra potersi ammettere anco, che del gruppo meridionale primi a separarsi siano stati i Celti e ultimi gli Italici, e che quindi Greci ed Italici per molto tempo siano vissuti insieme (1). E sul proposito non è inutile osservare con molti filologi, che stabilendo un con-

* Questo studio giova per la risoluzione di molte questioni di storia del diritto romano.

(1) NIEBUHR ammetteva l'ipotesi di un popolo primitivo — *I Pelasgi* — dal quale derivarono i Greci e gli Itali. Ma non fa bisogno ricorrere a simile ipotesi.

fronto fra i dialetti greci e gli italici, si possa affermare che il dialetto *eolico* e *dorico* hanno fra loro più stretta affinità che col dialetto *ionico*, e che l'eolico presenta molti caratteri di somiglianza coi dialetti italici. E siccome l'eolico è da ritenersi il dialetto, che contiene molti di quegli elementi linguistici considerati primitivi, così nei caratteri di somiglianza fra esso ed i dialetti italici si può ravvisare un elemento di prova della comunanza primitiva di vita di quei popoli, che più tardi ebbero il nome di *greci* ed *italici*.

L'illustre Ernesto Curtius, volendo fissare l'indole particolare dello stipite primitivo degli Italo-Greci per induzione dalle tendenze che sono comuni alle due stirpi rispetto allo svolgimento della lingua, scrive che egli è tentato di presentarla sotto la forma di una potente avversione contro tutto ciò che è arbitrario e confuso: di un retto senso per tutto ciò che è normale ed ordinato, che volle soggettare a legge invariabile anche l'elemento, che in una lingua è il più incoercibile, cioè l'accento dei vocaboli; di uno studio infine di raggiungere nella significazione dei concetti una chiara ripartizione, ed un regolare ordinamento, conveniente allo scopo» (1). Meravigliosa intuizione di quel genio! Di essa noi troviamo la migliore conferma nello studio degli ordinamenti sociali dei due popoli, e dello svolgimento della loro vita giuridica, la quale ultima non può essere che lo effetto di un'avversione energica contro tutto ciò che sa di arbitrario e di confuso, e di un retto senso di tutto ciò che sa di normale e di ordinato. E soprattutto questo senso del retto, o *nota giusta*, come dicono alcuni, che è espressione di senso pratico,

(1) Vedi CURTIUS, *Storia greca*.

e che è il risultato del concorso di fattori *antropologici*, *sociologici* e *fisici*, si osserva nelle genti italiche, la coscienza delle quali si incarnò nel popolo romano, per divenire coscienza eminentemente *giuridica*. E senza ricorrere a questi dati fondamentali di natura è impossibile renderci ragione della missione giuridica del popolo romano.

Volgiamo intanto lo sguardo alle genti italiche, che più ci interessano nella presente disamina.

Osserva il Mommsen, che considerando le lingue indigene delle schiatte stabilite in Italia, da tempo immemorabile (sebbene delle italiche parrebbe non ci sia pervenuta che una sola, e delle altre non si conservano che poche reliquie, ma pur sufficienti per darci un'idea dei popoli che le parlarono) si possono distinguere tre primitive schiatte cioè la *japigica* l'*etrusca* e l'*italica* propriamente detta, e che quest'ultima può dividersi in due rami principali, cioè l'idioma latino, e l'idioma, a cui si sottordinano i dialetti degli Umbri, dei Marsi, dei Volsci e dei Sanniti (1).

Della stirpe japigica poco si sa; si induce la sua esistenza dalle reliquie di una lingua da gran tempo perduta, appartenente al certo agli idiomi indo-germanici. Mommsen crede, che i popoli di queste stirpi abbiano abitato la penisola calabrese, e siano i più antichi immigranti, ossia gli Autoctoni storici d'Italia. Ritiene anco l'illustre storico tedesco, che le genti japigiche fossero di preferenza in affinità con gli Elleni, perchè più tardi facilmente si ellenizzarono. È questa però una ipotesi, che, non sappiamo, quanto fondamento di realtà si abbia.

Nel centro della penisola troviamo poi un popolo, che

(1) MOMMSEN, *Storia romana*.

già abbiamo detto *italico*, che si divide nei due stipiti dei *Latini e degli Umbri*, dei quali ultimi sono discendenti nelle parti meridionali i Marsi ed i Sanniti. Dei dialetti parlati dai popoli appartenenti al secondo stipite meglio conosciuti sono due, l'*umbro* ed il *sannito* o *osco*; del dialetto *volsco* e *marsico* rimasero alcune tracce, ma insufficienti per stabilirne il vero carattere. È certo però che questi due dialetti debbono formare parte del ramo *umbro-sannitico*. Giovandoci intanto dei risultati dei moderni studi filologici sembra, che debbasi anche oggi da noi accettare come esatta la opinione del Mommsen, che cioè, sebbene l'idioma latino presenti caratteri differenziali collo idioma umbro-sannito, pure nella lingua italica (che ha un' individualità propria di fronte alla greca) l'idioma latino sta all'umbro-sannitico a un di presso come l'jonico al dorico, mentre che le differenze dell'osco e dell'umbro, e dei dialetti affini, si possono paragonare con quelli del dorismo in Sicilia ed a Sparta.

In ordine alla schiatta etrusca, è da osservare che essa, a quanto apparisce, abbia abitato la parte settentrionale od occidentale dell'Italia. La vera origine di questi popoli ci è, a dire il vero, ignota, nè dalle reliquie della loro lingua può nulla stabilirsi di certo. Erodoto narra che gli Etruschi siano stati popoli della Lidia, Dionisio lo nega, e non manca fra i moderni chi confrontando i monumenti di arte degli Etruschi e degli Egiziani vuol trovare uua affinità fra essi. Certo è che tra lingua etrusca e le lingue italiche non vi ha somiglianza, come non ve ne ha tra le schiatte che le parlarono. Intorno agli Etruschi però bisogna fare talune considerazioni, che hanno un'importanza nel risolverè alcune questioni storiche, riguardanti la vita del popolo romano. Per ora osserviamo, che essi si inoltrarono dal settentrione d'Italia verso il mezzogiorno e

posero loro stabile dimora in quel paese, che più tardi fu detta Toscana, e si trovarono quindi in vicinanza dei Latini: e che il modo come essi si organizzarono a vita sociale pare che presenti molti caratteri di somiglianza col modo di organizzazione sociale dei popoli greci ed italici.

Ma nelle parti meridionali d'Italia e nella Sicilia nei tempi posteriori alla guerra troiana ebbero luogo immigrazioni di popoli ellenici. E la più antica colonia greca fu Cuma, omonima della città posta sulla spiaggia dell'Asia Minore. Secondo Holm essa sarebbe stata fondata 900 anni avanti l'era nostra. Certo è, che le immigrazioni elleniche si seguirono nell'Italia meridionale in modo sorprendente, e molte schiatte dei popoli greci si fusero su questo suolo, talmente che riesce impossibile determinare con esattezza le colonie fondate da una o da altra di quelle schiatte. Esse importarono in Italia elementi importantissimi di civiltà, specialmente in quel periodo di tempo in cui il dominio di Creta prevalse sul mare. E per formarci una idea di ciò basterebbe volgere lo sguardo alle città di Taranto e di Cuma.

E qui si noti, che fra le metropoli e le colonie esisteva un vincolo di relazione molto intimo; onde il Curtius osserva, che le colonie sentivano il bisogno di conservarsi fedeli invariabilmente alle consuetudini ed ai culti della madre patria, essi cercarono di avere a sacerdoti ed a capi del comune uomini, che appartenessero a quelle stesse famiglie, che aveano esercitato in patria uguali uffici; e continuavano a partecipare alle festività patrie, inviando rappresentanze e doni. Ed aggiunge quell'illustre storico: che le colonie sentivansi come legate e bisognose di tutela, così che esse chiedevano consiglio e difesa alla madre patria per potere stabilire fermi ordinamenti, che

anzi i vincoli della pietà filiale erano così forti, che le città, anche da molto tempo sottratte ad ogni vincolo di tutela, facevano appello alla madre patria per potere col l'aiuto di essa trarsi di nuovo dallo scompiglio delle loro condizioni politiche. Esempio splendido di tale consuetudine è il fatto storico che Siracusani si rivolsero a Corinto e che le città italiche, dopo la caduta dei Pitagorici, si volsero per aiuto all'Acaja, loro madre patria.

I Greci si avanzarono anco verso settentrione oltre il Vesuvio, poichè molte isole e promontori hanno nomi di origine greca. Scrive intanto il Mommsen, che quivi Latini e Tirreni si opposero con tutte le loro forze alle invasioni degli stranieri, ciò che non aveano saputo fare coloro che abitavano le parti meridionali dell'Italia al tempo delle immigrazioni elleniche. E non è stranò lo ammettere, che la facile sottomissione degli abitanti della Sicilia e della Italia meridionale sia stata la conseguenza della somiglianza di schiatta, poichè forse essi e gli elleni derivavano dall'antico popolo dei Pelasgi.

Crede inoltre il Mommsen, che il contatto dei Greci coi Latini e coi Tirreni abbia influito ad avviare questi ultimi all'arte della navigazione e del commercio, perocchè allora si incontrano grandi città commerciali e prima di tutto Cere nell'Etruria meridionale, e Roma sul rive del Tevere, le quali, dice egli, per il loro nome Italico e per la loro posizione a qualche distanza dal mare non mostrano alcun carattere greco, ma sono fondazioni italiane.

Non crediamo, che la opinione del Mommsen intorno al nome di Roma ed alla origine di essa abbia molti elementi di prova a suo sostegno. Il Lazio invero fu circondato da popoli di stirpe greca, e Virgilio e Livio lo affermano. Sulle rive del Tevere si trovarono anco i greci,

non sarebbe erroneo lo ammettere, anco in base a queste sole considerazioni, che Roma sia stata di origine greca. Ma la filologia, ci sembra, che valga a rafforzare tale idea, perocchè la parola Roma non sembra di origine italica, ma di origine greca. Infatti nel dialetto attico *Rome* e nel dialetto dorico *Roma* significa *forza e fortezza*, e vi è quindi maggior probabilità per ritenere che in quel luogo dove sorse la grande città, ai tempi delle scorrerie dei greci, sia stato fondato un villaggio, a cui fu apposto il nome di *Roma*. E tale probabilità si accresce sempre più quando si considera, che i nomi di Proca, Numitore, Romolo, ecc. sono tutti di origine greca. Coloro che vogliono fare derivare la voce *Roma* dalla radice *raum* o da *ra* (*splendere*) non solo sono costretti a fare subire a quella voce trasformazioni strane, ma nè anco riescono a dare una ragione storica probabile dell'apposizione di quel nome (1).

Più tardi, quando i Latini si inoltrarono nelle occupazioni respingendo gli stranieri, si impossessarono delle

(1) Ultimamente il Prof. ANIELLO nell'*Ateneo italiano* ha cercato dimostrare, che la parola *Roma* è di origine ebraica e quindi semitica. Egli dice, che *ruma* in ebraico significa *altura* o *ciò che sta in monte*, significato che corrisponde alla realtà delle cose. Altri nomi di luoghi interni ed esterni alla città di Roma, soggiunge egli, confermano l'origine semitica. Ad esempio: *tarpea* da *turpiakh* che significa *monte di faville* (e la geologia ci prova, che i colli di Roma furono vulcanici); *curzio* (la voragine) da *kir-ki* = *marmitta di fuoco*. Conclude egli, che Roma sia di origine pelasgo-semitica.

Noi non discutiamo su queste considerazioni, ma diciamo, che pur ammessa questa origine di Roma, che risale ad epoche remotissime, quando ancora ardevano quei vulcani, non si esclude la ipotesi, che qui abbiano potuto abitare in Roma dopo i *pelasgi*.

terre dove quel villaggio in qualsiasi modo costruito era sorto, nè mutarono il nome, come non di rado in simili casi avviene. Ivi forse posero più tardi loro dimora i *Rumni*, *Tizi e Luceri*, ed ebbe origine il *populus romanus*. Non è adunque improbabile, che la primitiva Roma sia stata fondata da qualche colonia di stirpe *dorica*. Ma checchè se ne pensi di ciò, certo è che in mezzo agli Etruschi, ai Latini, ai Greci e ad altre genti sorgeva una nuova potenza, un nuovo popolo, che di giorno in giorno acquistava sempre più importanza, il *popolo romano*, che parlava una lingua che, a dire il vero, non si riuscirebbe a bene analizzare nei suoi elementi, e che a torto alcuni ritennero composta di vocaboli greci e di vocaboli di altra origine, ma che indubbiamente conteneva radici derivanti, insieme a quelle della lingua greca, da uno stipite comune (1).

Dopo ciò esaminiamo: 1° quali relazioni si stabilirono tra Romani ed Etruschi, tra Romani e Greci, tra i popoli della Magna Grecia e la Grecia: 2° quali furono gli usi, e le consuetudini giuridiche o le leggi prevalenti presso questi diversi popoli.

È fuori dubbio, che come il popolo romano si accrebbe di numero e cominciò ad affermarsi in potenza, dovette sostenere lotte contro i popoli vicini ed ebbe occasioni di stringere con essi anco relazioni. Il Mommsen, dopo avere notato che fra latini ed etruschi vi furono in tempi antichi seri conflitti, osserva, che molto più pacifiche ed amichevoli di quelle che allora si potessero sperare tra vicini erano invece le relazioni di Roma con Cere, due antichissimi centri di vita commerciale e marittima. Più tardi i Romani ebbero opportunità di conoscere molto da vicino

(1) Vedi SCHWEGLER, *Röm. Gesch.*

religione, usi e costumi degli Etruschi e subirono entro certi limiti l'influenza di essi. Onde la maggior parte degli storici di Roma sono concordi nel ritenere, che nella formazione del carattere del popolo romano, e nelle modificazioni della sua vita sociale, vi è stata la influenza anco dell'elemento *etrusco*.

Che fra Etruschi e Greci vi siano state strette relazioni commerciali, non è da dubitarne. Osservammo già precedentemente, che i greci fecero delle corse per le varie isole del mare tirreno ed anco per quelle dirimpetto alla Etruria.

Ed or aggiungiamo, che la storia ci prova che gli Etruschi vennero in lotta coi greci, li respinsero da parecchie isole e si diedero alla vita di corsari.

Osserva però il Mommsen, che gli Etruschi non si limitarono a frodare ed a saccheggiare, perchè prove del loro pacifico commercio con qualche popolo greco sono principalmente le monete d'argento, che la città di Populonia, cominciando dall'anno 200 di Roma, fece coniare su modelli greci e sulla misura greca. Osserva però acutamente l'illustre storico, che siccome tali monete imitano non le didramme della Magna Gregia, ma le attiche, allora in corso nell'Attica ed in Sicilia, debba ritenersi che fra Etruschi e greci italici dovette esservi una certa ostilità. Gli storici provano le strette relazioni dell'Etruria coll'Attica col ricordare ancora, che nei sepolcreti Etruschi più recenti si trova gran quantità dei vasi di Attica, e che nei mercati di Atene erano molto ricercate le lampade di bronzo e le coppe d'oro fatte dai Tirreni (etruschi) (1).

(1) Vedi LATTES, *L'ambasciata dei Romani* per le XII tavole e gli autori da lui citati,

Che infine relazioni intime ci fossero fra le colonie greche dell'Italia meridionale e della Sicilia colla Grecia, l'abbiamo già precedentemente dimostrato, e non fa mestieri insistere dippiù.

Lo stesso dicasi anco per le relazioni tra romani e greci, relazioni che più tardi divennero più intime e molto valsero per fare progredire la civiltà romana.

Indubbiamente i rapporti vari stabilitisi fra i popoli cennati han dovuto esercitare una certa influenza modificatrice sui fenomeni della vita sociale, la quale non può essere ben rilevata senza volgere un rapido sguardo alle più importanti istituzioni civili, e particolarmente alle principali leggi di ciascun di quei popoli. Tentiamolo.

Riguardo alle colonie greche si può dire che esse per gli ordinamenti civili precorsero le altre città della Grecia, che pur sono ritenute quali centri di sviluppo intellettuale, giuridico e politico. Il che si può facilmente scorgere da quanto verremo ora brevemente esponendo.

Dei molti Stati greci non si hanno chiare notizie relativamente agli ordinamenti sociali ed alle leggi, come si han di Sparta, di Atene ed in parte di Creta. Non è mestieri occuparci estesamente di Creta, perchè le leggi di essa furono in gran parte imitate a Sparta. Diciamo solo che Creta fu ritenuto dai Greci come centro di civiltà, che ivi erasi costituito un organismo statale così perfetto, che fu da Platone tenuto in considerazione nel formare il disegno della sua repubblica: ivi avea avuto luogo un incrociamiento di elementi diversi di civiltà, frai quali prevalenti sembrano quelli egiziani. Onde giustamente i dotti hanno rivolta la loro attenzione allo studio delle antichità di Creta.

E giova qui ricordare la importante scoperta delle leggi antiche della città di Gortyna, fatta da Halbherr e Fabricius. Esse gioveranno molto per risolvere alcuni pro-

blemi ancora oscuri intorno all'antico diritto greco ed alle fonti delle XII tavole, e quindi meritano di esser seriamente studiate. Abbracciano disposizioni concernenti la penalità, la proprietà, la famiglia, l'eredità, ecc. ecc. (1). Vedesi da ciò come ancor ci sia molto da fare per porre le fondamenta di una storia generale del diritto veramente *scientifica*.

A Sparta troviamo due re aventi parecchie funzioni, limitate però nello esercizio dall'azione di altri magistrati. Essi aveano carattere divino, ed erano inviolabili. A loro spetta dapprima il diritto di giudicare, il quale più tardi venne ristretto, perchè le decisioni delle cause civili e criminali furono affidate ad altri magistrati. Ebbero elevate funzioni militari, diritto di dichiarare la guerra e conchiudere trattati di pace, di alleanza, ecc.

Simultaneo fu il comando dei due re nei primi tempi, ma a causa degli errori commessi divenne più tardi alternativo. Oltre ai Re altri poteri dello Stato erano; il Senato (*gerusia*), l'Assemblea popolare e gli Efori. Il primo preparava le proposte da farsi all'assemblea, le presentava ad essa, dirigeva l'amministrazione pubblica, giudicava e puniva coloro che violavano le leggi dello Stato; la seconda approvava o disapprovava le proposte fatte dal Senato senza discutere dapprima; ma più tardi fu riconosciuta la legittimità della discussione: eleggeva anch'essa i propri magistrati.

Gli Efori, che nei primi tempi non furono che ispettori del mercato e facultati a risolvere le quistioni che potevano nascere nel commercio, acquistarono a poco a poco grandi poteri e divennero rappresentanti del popolo e di-

(1) Vedi COMPARETTI, *Leggi antiche della città di Gortyna in Creta*.

fensori contro gli abusi del Senato e dei Re. Basti ricordare che sorvegliavano i costumi, convocavano e dirigevano le assemblee, sindacavano i magistrati e fin'anco potevano arrestare i re.

Or bene, chi stabilisce un confronto tra le istituzioni sociali del popolo Spartano e quelle del popolo romano, trova molti punti di contatto e somiglianza, che non si scorgono se si fa un confronto tra il diritto privato dell'un popolo col diritto privato dell'altro. Ed invero i poteri attribuiti ai due re hanno una quasi completa somiglianza coi poteri attribuiti prima ai re di Roma e più tardi ai due consoli, i poteri degli Efori somigliano ancora a quelli dei tribuni e dei censori del popolo romano, ec. ec.

E se volgiamo lo sguardo ad Atene osserviamo ancora somiglianze. La divisione del popolo in 4 classi fatta da Solone secondo il criterio del censo fa pieno riscontro colla divisione proposta da Servio Tullio. Il Mommsen osserva sul proposito essere evidente, che le istituzioni di Servio Tullio da un lato non sono sorte dalla lotta delle classi della popolazione, ma che portano, come la costituzione di Licurgo, di Solone, di Zaleuco, la impronta di un legislatore, che ha riformato le precedenti istituzioni; e dall'altro che essa venne alla luce sotto l'influenza greca. È vero, soggiunge egli, che alcune isolate analogie potrebbero indurre in errore, esempio, la coincidenza già da antichissimi tempi osservata, che anche in Corinto le vedove e gli orfani erano tenuti di somministrare i cavalli pei cavalieri, ma non sono certamente mere coincidenze e non è per semplice effetto del caso, che la parola più importante in questa costituzione riformata (*classis*) sia una parola ricavata dal greco.

Le osservazioni fatte dall'illustre storico tedesco meritano accoglienza, poichè rispondono alla verità storica,

essendovi indubbiamente analogia fra lo spirito informatore delle costituzioni della Grecia e quello della costituzione serviana, analogia che viene sempre meglio assodata dall'uso di vocaboli greci, fattosi in quest'ultima. È innegabile d'altro lato, che la costituzione serviana non è una costituzione che innova radicalmente tutte le istituzioni dei Romani, ma apporta riforme radicali, che hanno un legame intimo colle istituzioni precedenti. Nè poteva essere diversamente, perchè un legislatore accorto non rompe del tutto le tradizioni del passato di un popolo, ma adatta le riforme, per quanto gli è possibile, al carattere ed al modo di sentire di questo stesso popolo.

Queste considerazioni, che vennero su spontaneamente a proposito della costituzione serviana, gioveranno a dilleguare alcuni errori, in cui sono incorsi alcuni scrittori nel giudicare della legislazione decenvirale e della influenza, che su di essa esercitò la legislazione greca.

La riforma serviana però, secondo alcuni storici, è stata determinata dal mutamento di costituzione avveratosi nelle città greche dell'Italia meridionale e fatta conformemente al concetto fondamentale, che servi di norma a Servio Tullio nelle sue riforme: mutamento, che ebbe luogo nel secolo secondo dalla fondazione di Roma. È utile volgere quindi lo sguardo alla legislazione delle colonie greche dell'Italia meridionale, per vedere se esatta sia cotesta osservazione. E nel tempo stesso le conoscenze che otterremo considerando la sudetta legislazione, saranno utili per respingere o accogliere gli argomenti di alcuni storici intorno alle origini delle XII tavole ed alla questione sulla ambasceria.

Noi già abbiamo fatto menzione dello stato di civiltà molto progredita, a cui giunsero le colonie greche della Italia meridionale, e delle relazioni intime fra esse e le

città della Grecia. E niuno ignora come Delfo fosse divenuto il vero centro dell'ellenismo, per servirci delle stesse espressioni del Curtius, e ad esso fosse rivolta l'attenzione di tutti i popoli, che aveano avuto conoscenza della civiltà ellenica. Schwegler ci ricorda, che i Tarquinii solevano rendere omaggio all'oracolo di Delfo, e che relazioni strette eranvi fra Roma ed altre città della Grecia, e nelle colonie greche stanziato in Italia molto divulgato era il culto del Nume delfico; ed è fuori dubbio, che quando in Locri, a causa delle continue lotte fra le varie genti che in essa abitavano, si pensò di consultare l'oracolo di Delfo, si ebbe per risposta che bisognava stabilire delle leggi. Ed ecco Zeleuco che forma un corpo di leggi, specialmente riguardanti l'ordinamento dello Stato, e che furono imitate sulle più importanti leggi, che allora si conoscessero. Molti scrittori moderni ritengono, che le leggi locresi furono fatte sotto l'influenza delle leggi doriche. E fin dalla antichità credettesi così; basta ricordare, che Strabone mette in bocca di Eforo, che Zeleuco ricavò le leggi da lui stabilite da quelle cretesi, spartane, e dell'Areopago. E le leggi di Caronda, che furono posteriori, concordavano colle leggi di Zeleuco.

Curtius pare, che voglia attenuare alquanto l'influenza delle leggi doriche su quelle di Zeleuco e Caronda, poichè dice, che se le leggi di Zeleuco sono chiamate doriche, un tale appellativo non può giustificarsi se non nel senso che in esse, come in quelle di Caronda, e nella costituzione dei Calcidesi di Tracia, che avea per suo autore Androdamante di Reggio, erano svolti certi concetti che risalivano ad una sorgente, dalla quale derivano anche le istituzioni di Creta e di Sparta. Ciò nondimeno resta confermato, che caratteri comuni vi furono tra le legisla-

zioni cennate, e relazioni intime fra le colonie greche e le città della Grecia.

E niuno ignora inoltre come nella Magna Grecia abbia avuto esteso svolgimento un grande sistema filosofico, il *pitagorismo*. E la scuola pitagorica, secondo quel che ci riferiscono gli antichi scrittori, avea un ordinamento intimo, che nelle sue particolarità rifletteva tutti i caratteri della vita ellenica. E molti moderni scrittori affermano, che Pitagora non abbia fatto altro che elevare a forma perfetta ed ideale i concetti ed i precetti che emanavano dall' Apollo Pizio. Delfo, adunque, è da ritenersi necessariamente come un centro della cultura di quelle età.

Plutarco intanto vuol vedere una somiglianza fra alcune dottrine pitagoriche ed alcune consuetudini degli Etruschi, e crede che Pitagora sia stato di origine etrusca. L' opinione di Plutarco non può essere tanto facilmente accolta, perocchè manca ogni elemento di prova a suo sostegno; nè la somiglianza sopra detta può servire di argomento valido per dimostrare l' origine etrusca di quel filosofo. Quella somiglianza, che è innegabile, serve solo a provare sempre meglio le relazioni che allora esistevano fra i popoli della Etruria ed i greci dell' Italia meridionale ed a fare rilevare che la filosofia italica o pitagorica fu un complesso armonico di dottrine non di mera origine greca, ma anco di idee prevalenti presso i popoli italici di quelle epoche.

Qualche antico scrittore afferma, che Pitagora fosse andato a Creta ed a Sparta per avere notizie di quelle leggi, che servirono per il governo della propria scuola, e di quelle conoscenze che formarono oggetto del suo sistema filosofico. Molti credono, che questa sia una leggenda. Noi riteniamo, che un fondamento di verità debba esservi, perchè ricordiamo che era consuetudine delle genti

della Magna Grecia mandare per aiuti nelle città greche e quindi non è strano ammettere che uomini di ingegno elevato visitassero spesso le città della Grecia per avere conoscenza degli ordinamenti sociali, e di altri elementi della civiltà loro.

Certa cosa è intanto, che la filosofia pitagorica si divulgò dapprima per tutta l'Italia meridionale e fu conosciuta anco in Grecia, quando illustri uomini di quella contrada vennero in Italia, fra i quali Platone. Ed anco Roma subì l'influenza della filosofia pitagorica. Basterebbe ricordare la leggenda, che fa di Numa un discepolo di Pitagora. È vero che questo è un anacronismo già rilevato da Cicerone, ma, come bene osserva il Chiappelli, in quella leggenda tramandataci da Plutarco, noi possiamo ravvisare un vestigio di realtà storica, poichè non solo le leggi di Numa poterono avere qualche tratto in comune col Pitagorismo, ma anco sulla dottrina pitagorica esercitò una considerevole azione l'antica religione romana, e i culti italo-etruschi (1). Certo è ad ogni modo, che il Pitagorismo ebbe influenza in Roma, e Cicerone in vari passi delle sue opere fa menziome di questa influenza e dice, che molti vestigi di quella filosofia osservansi in parecchi istituti Romani.

È da notare inoltre, che verso la fine del sesto secolo ebbero luogo nelle città della Magna Grecia grandi rivolgimenti politici, e quando i Tarquini furono cacciati da Roma, in quelle città i filosofi pitagorici furono perseguitati nel modo più crudo e costretti a fuggire. Ed allora la filosofia pitagorica venne meno, ma non tutti si dovettero distruggere i vestigi di essa.

(1) CHIAPPELLI, *Sopra alcuni frammenti delle XII tavole nelle loro relazioni con Eraclito e Pitagora.*

Da questa lunga catena di notizie storiche possiamo trarre alcune conclusioni che, a nostro avviso, potranno giovare a dileguare alcuni dubbi e farci determinare con una certa chiarezza lo ambiente storico, che circondava Roma, quando dal popolo si volevano leggi scritte e furono creati i decemviri per formularle. Le conclusioni sono: 1° che probabilmente Roma era stata una colonia greca; 2° che le stirpi greche ed italiche ebbero per carattere comune un retto senso per tutto ciò che è normale ed ordinato, cioè un senso giuridico; 3° che relazioni intime ebbero luogo fra Romani ed Etruschi, tra Etruschi e popoli della Grecia e delle colonie greche dell'Italia meridionale, tra romani e greci tanto della Grecia quanto della Magna Grecia; 4° che le colonie greche dell'Italia meridionale per stabilire le proprie leggi e gli ordinamenti civili si rivolsero alla madre patria; 5° che i viaggi degli uomini eruditi in paesi creduti più civili erano frequenti in quell'epoca, e le ambascerie un fatto non eccezionale; 6° che la filosofia pitagorica, che fu sintesi elevata di idee e dottrine prevalenti in Etruria, in Grecia e presso le stirpi italiche, si divulgò per tutta Italia ed ebbe influenza grande anco in Roma; 7° che sotto la monarchia si ebbero in Roma ordinamenti sociali somiglianti per parecchi riguardi a quelli dei popoli della Grecia; 8° che verso la fine del sesto secolo i pitagorici furono fatti segno ad una violenta persecuzione e si dispersero.





V.

Le XII tavole

SOMMARIO — Relazioni di Roma coi popoli vicini — La narrazione dell'ambasceria — Le idee del Vico intorno ad essa — Opinioni di altri scrittori — Le idee del Lattes e del Chiappelli — Esame critico di tutte queste idee — Dell'influenza della legislazione greca sulla legislazione decemvirale — Esame critico delle principali dottrine intorno ad essa — Conclusione.

Qualunque sia stata la origine della città di Roma, è fuori dubbio, che le genti che l'abitano, subirono nello stabilire i loro ordinamenti sociali l'influenza dei popoli vicini: senza però perdere nulla del carattere loro particolare; carattere, che del resto non poteva essere del tutto diverso da quello di quei popoli. Si potrà osservare una diversità di linguaggio nell'indicare i vari fatti della vita sociale, morale e religiosa, ma in fondo si scorge la somiglianza dei sentimenti, delle idee e delle consuetudini.

Col correre degli anni, e coll'accrescersi della popolazione di Roma e dei rapporti fra essa ed i popoli vicini, più estesa dovette essere l'influenza esercitata dalle istituzioni civili di quei popoli, come a sua volta Roma esercitava influenza sulla vita di questi.

L'Ortolan, seguendo i risultati della critica storica moderna, constatava nella formazione del carattere civile del popolo romano e dei suoi ordinamenti sociali la influenza dell'elemento *latino*, *sabino* ed *etrusco*. E questo ultimo specialmente valse per farvi importare usi e consuetudini riguardanti la religione e la guerra. Autorità

indiscutibili intorno a questa influenza esercitata dall'Etruria sul popolo romano sono Cicerone, Livio, Plinio ed altri.

Gli studi, che si sono fatti e che oggi con maggior attività si fanno sulla civiltà etrusca, contribuiranno forse a fare rilevare meglio i rapporti tra Roma e l'Etruria, e l'influenza esercitata da quest'ultima sulla prima. E di grande importanza dovrà riuscire, crediamo noi, il lavoro intrapreso dal paleografo Casati sulle *Origines Etrusques du droit romain*.

Alla influenza dell'elemento *latino, sabino ed etrusco* sulla vita del popolo romano bisogna per le ragioni anzidette aggiungere anche l'influenza dell'elemento greco, pur volendo prescindere da quell'opinione, che non è del tutto infondata, che, cioè, Roma sia stata fondata da una colonia greca.

Da ciò si vede, che Roma fin dalle sue origini non visse isolata da tutte le altre genti, che abitavano l'Italia, ed ebbe conoscenza dei costumi e degli ordinamenti civili degli altri popoli, e coll'accrescersi della sua potenza anche di altri popoli più lontani, fra i quali i greci.

Or bene, in Roma nei tempi che precedettero la legislazione decemvirale agitavansi tutti quei malumori, tutte quelle discordie, che vediamo agitarsi in altri popoli dell'Italia meridionale e della Grecia. Evvi una moltitudine, la quale non gode di tutti i vantaggi della vita, che è oppressa da una classe che è più forte economicamente, e che esercita una potente influenza dominatrice per il maggior sviluppo intellettivo e per le tradizioni gloriose, di cui fa pompa. Come è naturale, coloro che hanno in mano il potere sociale tentano tutti i mezzi per fare cessare i malumori, ristabilire l'ordine, e stabilire leggi che possano rimuovere i più gravi pericoli, e volgono l'attenzione

verso altri popoli, di cui hanno notizia e che godono reputazione di gente civile. E niuno ignora come la costituzione di Servio Tullio, che ebbe vita in Roma 16 anni dopo quella data da Solone in Atene, somiglia per lo spirito che l'animava e per alcuni particolari ordinamenti a quella del grande legislatore greco. Il che ci mostra, che fin da questi tempi chiara notizia si avea dal popolo romano degli ordinamenti sociali delle città greche e della superiorità di essi su tutti gli altri, e che si riteneva ottima cosa quella di studiare le leggi di quei popoli prima di riformare gli ordinamenti dello Stato.

Le riforme di Servio Tullio valsero ad ordinare lo Stato, ma alla sua morte cominciarono di nuovo le discordie, delle quali il germe trovavasi nella stessa costituzione da lui data, perocchè i patrizi trovavansi in una posizione privilegiata, la quale in mancanza di buoni re rendevasi angarica. Abbattutosi il potere regio, e stabilitosi il *consolato*, che molta somiglianza ha colla *diarchia* spartana, si sperò in un miglioramento; ma le lotte continuarono sempre fra patrizi e plebei, sebbene attenuate o sopite di quando in quando colle conquiste, che faceva la plebe nella vita politica. Ma vi fu un momento, in cui la plebe si accorse, che i patrizi, gli uomini più scaltri, meno ignoranti e più potenti del popolo romano, esercitavano predominio sociale non ostante le riforme politiche, perchè le leggi regolatrici dei vari rapporti sociali stavano in loro potestà; essi ne erano conoscitori, essi esercitavano potente influenza nell'applicazione di quelle. Onde uno dei bisogni principali da essa sentita fu quello di avere *leggi scritte*.

Il tribuno del popolo Terentilio Arsa propose la nomina di una commissione di 5 membri per formare un codice comune; ma la proposta non attecchì. Fu nell'anno 300, che si decise la formazione di questo codice e fu

mandata un'ambasceria in Grecia per studiare le leggi di Solone e quelle di altre città più importanti della Grecia. Al ritorno degli ambasciatori furono eletti 10 membri per fare parte della commissione legislativa, tutti patrizi, e l'autorità consolare fu sospesa, e perciò si ebbero i *decemviri consulari imperio legibus scribundis*.

Essi compilarono un codice di leggi, che fu presentato al popolo, approvato, e quindi inciso sopra dieci tavole di rame. Ma tosto si vide la necessità di aggiungere altre leggi per rendere completo questo codice e furono scelti altri decemviri, che compilarono altre due tavole. Si dice poi, che la prima legazione sia stata accompagnata da Ermodoro efesino.

Or, due quesiti qui si presentano e che sono stati risolti in senso diverso da illustri scrittori cioè; 1° è un fatto storico la spedizione dell'ambasciata in Grecia?; 2° le legislazioni della Grecia esercitarono un'influenza sulla legislazione decemvirale? Esaminiamo brevemente le risoluzioni datesi, per manifestare quindi la nostra opinione.

In ordine al primo quesito osserviamo, che la maggior parte dei critici ritengono, che la legazione non è una leggenda, ma un fatto storico, ed invocano l'autorità di rinomati storici latini. Scrive infatti Livio: *missi legati Athenas Sp. Postumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus, jussique inclytas leges Solonis describere, et aliarum Græciæ civitatum instituta, mores juraque noscere* (1). E Tacito conferma la notizia col dire: *creati decemviri, et accitis quæ usquam egregia, compositæ XII tabulæ* (2). Ai nomi di Livio e Tacito bisogna aggiungere quelle di Dionisio e di Gellio.

(1) LIVIO, 3, 31.

(2) TACITO, *Ann*, 3, 27.

I critici moderni, come si è detto, accettano quasi tutti come un fatto storico la spedizione dell'ambasciata e fra gli altri ricordiamo i nomi di Ritter, Hoffmann, Niebuhr, Mommsenn, Padelletti, Lattes, Lange, Schwegler, Voigt, Ferrini, Chiappelli ecc. ecc. (1). Per questi scrittori incontestabili sono le prove dell'invio di una commissione.

Il Vico fu il primo, per quanto ne sappiamo, che con ragioni molteplici, delle quali alcune a primo aspetto presentano una certa gravità, abbia negato l'invio della legazione. Le principali ragioni da lui addotte sono le seguenti; 1° che esaminando le leggi delle XII tavole, nelle quali si è ritenuto da alcuni scrittori esservi stata l'imitazione delle leggi della Grecia, si osserva, che la somiglianza deriva o da quella *naturalis ratio*, che detta a ciascuno ciò che è conveniente o da mera combinazione: o per il concorso di identiche circostanze di fatto: 2° che alcune leggi delle XII tavole sono così disumane, che non poterono essere apportate da una gente umanissima; 3° che il carattere della legislazione decemvirale è del tutto diversa da quello delle greche legislazioni: esempio siano le disposizioni riguardanti il *connubium*, la *patria potestas*, il *nexus*, ecc. ecc.; 4° che nessuno storico antico greco o romano fa menzione di quell'ambasceria; 5° che Livio stesso confessa, che scrive la storia romana *certa* dalla seconda guerra punica in poi: 6° che gli scrittori latini, che accennano all'ambasceria, non sono concordi nell'indicare il luogo dove essa fu spedita, se cioè in Atene od altre città della Grecia, se in Sparta o altrove: 6° che Cicerone,

(1) Vedi NIEBUHR, op. cit. — HOFFMANN, *Beitrag zur Geschichte des griech. und Roem. Rechts* — PADELLETTI, *Arch. giur.* XVII — SCHWEGLER, op. cit. — LANGE, *Roem. Alt.* — VOIGT, *XII Tafeln* — FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano*.

elevando al cielo le leggi delle XII tavole, esclama essere esse di gran lunga superior alle leggi di Dracone, di Licurgo e di Solone; 7° che discordano gli storici, se Ermodoro sia stato *interprete* ovvero *autore* delle leggi delle dodici tavole: ecc. ecc. (1).

Gibbon sostiene la stessa idea del Vico e adduce come principale argomento il seguente: se l'ambasciata fosse stata vera, i monumenti ateniesi non sarebbero stati silenziosi: aggiunge, che non è credibile, che i patrizi abbiano intrapreso una lunga e pericolosa navigazione per copiare il più puro modello di una democrazia (2).

Ihne ritiene, che l'invio di un'ambasciata a Delfi per lo studio della legislazione solonica è una invenzione sciocca ed altresì impudente, giacchè si nominano per sino i pronomi ed i cognomi dei supposti ambasciatori (3).

Noi non facciamo cenno di altri scrittori, che ritengono una leggenda l'invio della legazione in Grecia e passiamo invece allo esame della questione.

Le argomentazioni del Vico, che a prima vista presentano una certa gravità, non ci sembrano, attentamente considerate, tali da escludere la possibilità dell'invio di una legazione. Ed invero le differenze che egli osserva fra la legislazione decemvirale e quelle delle città greche, ed alcuni confronti, che egli ritiene puerili, fra alcune disposizioni delle XII tavole e delle leggi greche potrebbero solo valere come ragioni per dimostrare che la legislazione greca abbia avuto poca ed anche nessuna influenza sulla decemvirale, ma non già per dimostrare una favola

(1) VICO, *Scienza nuova* e l'altro lavoro *De juris principio et fine uno*.

(2) GIBBON, *Decline and fall*. vol. 8.

(3) IHNE, *Rom. Gesch* IV.

l'ambasceria. Il fatto poi, che nessuno scrittore greco e nessuno storico antico di Roma faccia menzione di tale ambasceria non può servire neppure come argomento valido per distruggere l'autorità degli scrittori sopra citati, che fanno di essa cenno. E le ragioni di ciò sono le seguenti: 1.º che, secondo quanto sopra abbiamo osservato, non erano fatti straordinari a quell'età, nè i viaggi di illustri uomini che andavano per istudiare le istituzioni sociali di altri popoli ritenuti più avanzati nella civiltà, nè le ambascerie; onde l'invio di una legazione nelle città della Grecia potè non essere ritenuto fatto di così grande importanza da meritare particolare ricordo; 2.º che se nessuno scrittore latino antico parla di quella ambasceria, ciò non vuol dire che il fatto non sia avvenuto; circostanze varie hanno potuto influire per fare tacere gli scrittori, o per disperdersi i documenti che di essa facean menzione, (infatti non ci restano che frammenti degli antichi annalisti); è poi inconcusso, che nè Livio, nè Tacito, ecc. ecc. avrebbero potuto creare la leggenda, nè sarebbero stati divergenti nell'indicare il luogo dove l'ambasceria fu spedita, essi dovettero attingere alla tradizione allora corrente per fare parola dell'invio dell'ambasceria: 3.º che a confermare sempre meglio la veridicità del fatto dello invio della legazione sta l'altro fatto incontrastabile che ad Ermodoro d'Efeso, ritenuto interprete o autore delle leggi decemvirali e compagno ai tre ambasciatori fu innalzata una statua, poichè scrive Plinio: *fuit et Hermodori Ephesii (statua) in comitio legum, quas decemviri scribebant, interpreti, publice dicata* (1); 4.º che il silenzio di

(1) PLINIO, *hist. natur.* 54. POMONIO dice, che ERMODORO fu autore: *leges XII tabularum, quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quemdam Ephesium exsulantem in Italia, quidam retulerunt.* Vedi anco ZELLER, *De Herm. Eph.*

Cicerone intorno all'ambasceria e le lodi da lui fatte alla legge decemvirale, ritenuta da lui superiore alle leggi greche, non provano nulla, perchè, come bene osserva il Lattes, volendo anco prescindere da quei luoghi dove Cicerone accenna alla somiglianza di alcune disposizioni decemvirali colle leggi di Solone, bisogna ammettere che, essendo Livio e Dionisio quasi contemporanei di lui, se egli non avesse prestato fede a quanto questi affermarono, avrebbe apertamente combattuto quell'opinione ed esposti fatti e ragionamenti: ma vi è un altro argomento, soggiunge egli, valido per combattere quell'obbiezione, ed è che il disprezzo di Cicerone per le cose greche in generale e per le leggi greche in particolare trascende i limiti della discrezione, e rivela la pratica intenzione di allontanare pure il sospetto che la grandezza di Roma alcun che dovesse ai Greci, dimostrandone le opere piccole ed inferiori alle romane (1).

Le ragioni or cennate valgono anco contro la opinione del Gibbon, che cioè silenziosi sono i monumenti ateniesi. Aggiungiamo solo, che per ritenere incredibile l'invio dell'ambasceria per la lunghezza ed il pericolo della navigazione, si deve dimenticare che a quell'epoca le relazioni fra la Sicilia, Roma ed altre città dell'Italia colla Grecia erano frequenti.

Infine diciamo, che non ci sembra neppur degna di confuta la nuda asserzione dell'Ihne, il quale si meraviglia, che pur si ricordino i nomi dei tre ambasciatori!

È tempo oramai di concludere sulla tesi propostaci, perchè le principali obbiezioni sono state da noi esaminate e, per quanto ci è stato possibile, combattute. E la

(1) Vedi TERRASSON, *Hist. de la giurispr. rom.*

conclusione non può essere se non quella, a cui sono giunti la maggior parte dei critici moderni, che, cioè, lo invio dell'ambasceria è un fatto storico, poichè gli elementi di prova più numerosi e più concludenti sono per la veridicità del fatto. Per sostenere il contrario, bisogna negare fede all'autorità di illustri storici, che non aveano ragione di mentire o di scemare l'importanza della legislazione decemvirale coll'ammettere l'influenza greca su di essa, sconoscere la importanza delle relazioni allora intercedenti fra i popoli italici e greci, non dare ragione alcuna della erezione di una statua ad Ermodoro di Efeso nel comizio; insomma abbandonare parecchi dati storici rilevanti per affidarsi ad ipotesi infondate.

Ma, dimostrata la realtà storica dell'invio della legazione, si presenta un'altra questione in ordine al luogo dove essa sia andata per osservare le leggi e le istituzioni civili delle città greche, perocchè diverse sono le opinioni degli scrittori. Secondo Tito Livio gli ambasciatori furono mandati in Atene per avere conoscenza delle leggi di Solone e dei costumi e delle istituzioni di altre città della Grecia; secondo Dionisio, Tacito ed altri furono mandati ad osservare le leggi della Grecia in generale; secondo Voigt andarono nella Magna Grecia e probabilmente a Cuma o a Napoli popolate da colonie achee; secondo Chiappelli nella Magna Grecia, ma nelle città abitate da colonie doriche; secondo il Lattes essi andarono nell'Etruria e propriamente nelle città frequentate dai greci. Fra tante varie opinioni, quale è da seguirsi? Ecco la necessità di un breve esame.

E dapprima osserviamo, che le opinioni fondamentali possono ridursi a tre solamente, e sono le seguenti; la opinione di coloro che ritengono, che la legazione sia stata mandata nelle città della Grecia; quella di coloro che

credono invece nelle città della Magna Grecia, ed infine l'opinione, che accenna all'Etruria, come il luogo dove si portarono gli ambasciatori, e dove ebbero conoscenza delle leggi e delle istituzioni sociali greche. Diciamo che si riducono a tre, perchè non ci sembra che abbia grande importanza per la nostra tesi la divergenza di alcuni scrittori nel determinare se in Atene o in altre città della Grecia, se nelle città achee o doriche della Magna Grecia siano andati gli ambasciatori.

Incominciamo lo esame dall'ultima delle tre opinioni fondamentali per riuscire più agevolmente ad una conclusione esatta.

L'illustre Lattes crede, che bisogna spogliare l'ambasciata di ogni carattere ufficiale e ritornare alla opinione di quei critici, che cercarono in Italia la Grecia visitata degli ambasciatori, ed adduce molte ragioni per sostenere la sua tesi. Noi non ci proviamo di esporre tutte le particolari considerazioni fatte da quell'eruditissimo scrittore, ma ci limitiamo ad accennare gli argomenti principali.

Egli dapprima osserva, che gli ambasciatori non ebbero d'uopo di partire per la Grecia per cercarvi Atene e le leggi soloniche, in quanto che allo incirca allora, uomini appunto di Atene con altri della Grecia universa piantarono in Italia una maniera di Atene panellenica e vi portarono le leggi di Solone e quelle di altre città greche. E qui ricorda la fondazione di Thurii, che fu abitata da tribù greche di diverse regioni, ed ebbe per legislatore forse Charonda, che avea esaminato tutti gli statuti degli altri popoli. Dopo queste considerazioni fatte dal Lattes per dimostrare che non era necessità che gli ambasciatori andassero nella Grecia, afferma che ai tempi decemvirali vi fosse in Italia e ben più presso Roma un altro grande centro di relazioni coll'Attica, un altro co-

spicuo focolare di Attica coltura ed influenza, e che gli ambasciatori si appalesino connessi con questo centro, e con questo focolare, ove ha dovuto cercare rifugio l'esule Ermodoro.

Egli adduce le seguenti ragioni per dare la prova della sua opinione: 1° che ai tempi delle leggi decemvirali strettissime relazioni annodavano l'Etruria e l'Attica; 2° che dai nomi dei tre legati, cioè Manlio Vulso, Spurio Postumio e Servio Sulpicio Camerino, siamo tratti nell'Etruria, perocchè la parola Vulso si deve rannodare all'Etrusca Vulsinii, e le ignote origini della gente Manlia richiamarsi all'Etruria: i Postumi appartengono ai Greci dell'Etruria; il cognome Camerinus anche ci richiama all'etrusca Camars, l'antica e potente Chiusi, tanto più che la gente etrusca dei Camerini visse ivi: 3° che in Etruria si erano stanziati Efesii e quindi Ermodoro dovette ivi rifugiarsi(1).

Il Lattes a sostegno di queste ragioni fa non poche dotte considerazioni filologiche e storiche, ma per quanto si sforzi a dimostrare la sua tesi, non giunge, a nostro avviso, a fondare un'ipotesi accettabile ed a dileguare i molti dubbi che essa fa sorgere, non che a mostrare la insussistenza del fatto narrato dagli storici romani sopra cennati. E noi ci permettiamo di fare le seguenti osservazioni: 1° che la composizione delle leggi delle XII tavole ebbe luogo sette anni prima della fondazione di Thurii, e quando anche si voglia ammettere che tale anticipazione di data sia risultato di un errore degli antichi

(1) Esponiamo alquanto estesamente le ragioni del LATTES, perchè l'opuscolo pregevole è fuori commercio e non è molto facile avere di esso conoscenza. Colgo intanto l'occasione per rendere grazie al Prof. COGLIOLO, che mi diede notizia di esso, ed al Professore VIVANTE, che me ne favorì copia.

storici, non perciò si può ammettere che i legati fossero ivi andati oppure in altre città della Magna Grecia; 2° che all'epoca della legislazione decemvirale non solo l'Etruria era in relazione coll'Attica, ma anco Roma, e non saprebbe quindi spiegare, perchè gli ambasciatori fossero andati in Etruria per aver conoscenza delle leggi greche: solo potrebbe dirsi, che le notizie che i romani aveano delle legislazioni della Grecia fossero state meglio conosciute per le relazioni che essi strinsero cogli Etruschi; 3° che le belle considerazioni filologiche fatte sui pronomi e cognomi dei tre ambasciatori nulla mettono in sodo per la tesi dal Lattes sostenuta, avvegnachè si tratti di mere ipotesi, e sulla semplice coincidenza di alcune sillabe, forse dovuta a mero accidente, non è dato di emettere opinioni, cui si voglia dare il carattere di verità: 4° che ammesso pure che Ermodoro siasi rifugiato in Etruria, non risulta perciò che in Etruria sia stata spedita l'ambasceria.

Infine notiamo, che tutte queste nostre osservazioni acquistano maggior forza, quando si pensi, che nessun storico di Roma ha mai fatto il menomo accenno, anco dubbioso, all'Etruria; che prima della legislazione decemvirale non furono rari i casi dei viaggi intrapresi da uomini illustri di varie città d'Italia per acquistare conoscenza delle legislazioni della Grecia, e che in Roma si avea universale notizia e forse anco ammirazione (si ricordi la riforma *serviana*) delle istituzioni sociali delle principali città greche: che infine senza avere in mano forti elementi di prova non si può addirittura romperla con quella tradizione tramandataci da storie degni di fede. Ammiriamo ciò non ostante la potenza dell'ingegno del Lattes e la gravità delle sue argomentazioni.

Passiamo ora allo esame della opinione di coloro che

sostengono essere andati i legati nelle città della Magna Grecia e non già in Atene o in altra città della Grecia.

Tale opinione ha anche molti argomenti a suo favore, ma tuttavia non ci sembra che presenti maggiore fondamento di quella or ora discussa, e che quindi possa essere accolta. Esaminiamo tali argomenti.

Argomenti importanti a sostegno della cennata opinione ci sembrano quelli addotti dal Chiappelli e perciò fermiamo su essi la nostra attenzione.

Egli si volge alle leggi delle XII tavole ed in alcuni frammenti della tavola X e nel frammento 2° della tavola VIII trova elementi per sostenere che la legazione sia andata nella Magna Grecia (1). Riassumiamo brevemente le sue osservazioni.

Egli dice: 1° che Cicerone attesta, che leggi per moderare le spese delle lamentazioni funebri e dei funerali (fr. 2, 3, 4, 6 della tav. X) fossero tolte dalle leggi soloniane, escluse quelle relative ai sepolcri, perchè bisogna ravvicinare queste ultime ad alcuni concetti delle leggi platoniche; 2° che, secondo la tradizione, Ermodoro d'Efeso aiutò i decemviri nella compilazione delle XII tavole, il quale Ermodoro fu discepolo di Eraclito; 3° che la dottrina di Eraclito si diffuse assai presto per tutta la Grecia e fuori di essa, e che verso il 430 dovea essere nota in Sicilia; 4° che un frammento eracliteo contiene implicitamente alcune delle prescrizioni della X tavola, che cioè i cadaveri debbono essere sepolti o bruciati fuori della città senza far molta pompa, ecc.

Il Chiappelli dopo aver dato ampio svolgimento e con molta erudizione a coteste osservazioni non accenna alla questione del luogo, dove gli ambasciatori romani anda-

(1) CHIAPPELLI, loc. cit.

rono per apprendere le dottrine di Eraclito; ma certo è che, ammessa l'uniformità fra alcune disposizioni decemvirali ed alcuni frammenti della dottrina eraclitea, non potrà sembrare tanto strano lo ammettere, che nella Magna Grecia essendo noto il sistema di quel filosofo, ivi essi si fossero portati, tanto più che Tacito non accenna al luogo dove la legazione fosse andata, ma che indubbiamente non fu nell'Etruria, come vorrebbe sostenere il Lattes.

Ma le considerazioni sopra esposte del Chiappelli acquistano un carattere più grave in sostegno dell'opinione, che i legati siano andati nella Magna Grecia, per altri argomenti.

Osserva egli, che Pitagora fu il primo tra i filosofi greci conosciuti dai romani, e che presso loro era da tempo antico tenuta in onore la dottrina e la scuola di lui; che dalle città italiche dovettero accorrere molti alla sua scuola; che Cicerone stesso riconosce che molti istituti romani siano derivati dal Pitagorismo; che il diritto punitivo ebbe largo svolgimento nelle leggi di Zaleuco e di Caronda nella Magna Grecia e nella Sicilia; che nel pitagorismo queste leggi furono tenute in considerazione: che vestigi del pitagorismo si debbono considerare, la consuetudine dei carmi convivali accompagnati dal canto, riguardo ai quali si stabilirono nelle XII tavole pene severissime per chi avesse fatto ingiuria, e la pena del taglione esistente nella legislazione di Zaleuco ed ammessa dai pitagorici (1).

Come si vede, il Chiappelli con tali considerazioni vuol appoggiare l'opinione di coloro, che ritengono essere an-

(1) SCRIVE CICERONE; *multa etiam sunt in nostris institutis ducta ab illis, quae praetereo, ne ea, quae peperisse ipsi putamur aliunde didicisse videamur* (Tusc. IV, 2 4).

data la legazione nella Magna Grecia, e propriamente nelle colonie doriche anzi che nelle colonie achee, come crede il Voigt.

Noi ammiriamo l'erudizione e l'acume di mente del chiarissimo scrittore, ma non crediamo, che le belle considerazioni da lui fatte valgano a distruggere le notizie dateci dagli scrittori romani, di cui sopra facemmo menzione, intorno alla legazione, ed a rendere probabile la opinione dello invio degli ambasciatori nella Magna Grecia.

A noi sembra, che le osservazioni del Chiappelli non escludono che la legazione sia andata nella Grecia, anzi possono armonizzare colle ragioni di coloro che sostengono quest'ultima opinione. Invero è fuori dubbio, che in Roma la filosofia pitagorica era ben nota, e non fa quindi bisogno ammettere che la legazione sia andata nelle colonie greche per avere conoscenza di quelle idee filosofiche. Nè è strano ammettere, che stante le relazioni sopra dimostrate fra Roma e la Magna Grecia si potesse avere conoscenza dal popolo romano indipendentemente dallo invio della legazione, della legislazione di Zaleuco, e che la legazione muovendo per la Grecia fosse passata per le colonie greche ed avesse avuto miglior conoscenza delle leggi che le governavano. Non è poi fuori luogo il ricordare quel che sopra abbiamo detto, che cioè al tempo, in cui i Tarquini furono cacciati da Roma, i pitagorici furono fatti segno ad una fiera persecuzione e che d'allora in poi la filosofia pitagorica decadde: dal che siamo indotti a ritenere, che all'epoca della legislazione decemvirale non poteva sorgere il pensiero nei romani o negli ambasciatori di portarsi nelle colonie greche per avere conoscenza della filosofia pitagorica, non più ivi in fiore.

E poi come distruggere l'autorità di quegli scrittori antichi, che ci danno notizia dello invio dell'ambasceria

nelle città greche, e accennano alla somiglianza fra alcune disposizioni della legge decemvirale e le leggi soloniane? Le considerazioni sopracennate avrebbero grande importanza, se con solidi argomenti venisse dimostrato l'errore, in cui fossero incorsi Livio e gli altri scrittori: ma fino a quando ciò non sarà fatto, l'autorità di costoro non può essere vilipesa.

Dimostrato essere inaccettabile l'opinione di coloro che sostengono che l'ambasceria sia andata nella Magna Grecia, e l'opinione del Lattes che la vuole spedita in Etruria, non resta che accogliere come storica la notizia tramandataci degli antichi dell'invio dei legati nella città della Grecia; notizia, che ha molti argomenti a suo favore, e che possono desumersi dalle considerazioni storiche premesse al presente studio e fatte anco nello studio precedente. E ricordiamo principalmente, che nelle contrade dell'Italia era sparsa la fama della civiltà greca e delle legislazioni dei popoli ellenici, che sotto i re si cercò di riformare la costituzione politica del popolo romano, che era uso a quei tempi degli uomini illustri e specialmente dei politici viaggiare per aver conoscenza delle istituzioni sociali e delle leggi di quei popoli ritenuti civili, ecc. ecc. Dunque, non a torto la maggior parte degli scrittori ritiene un fatto storico l'ambasceria e propende a credere che questa sia andata nella Grecia. La somiglianza poi di alcune disposizioni delle leggi decemvirali colle leggi soloniane ci fa indurre, che gli ambasciatori abbiano visitato Atene.

L'altra questione bisogna ora risolvere, se, cioè, la legislazione ellenica abbia avuto influenza sulla legislazione decemvirale. Anche diverse sono state le risoluzioni di tale questione ed è d'uopo esaminare i diversi argomenti addotti per sostenere o negare l'influenza ellenica

sull'antico diritto romano, onde aprirci la via a dare una risoluzione, che sia in armonia con quella data della precedente questione intorno all'invio dell'ambasceria nelle città della Grecia.

Scrittori e giuristi romani hanno ammesso la influenza della legislazione ellenica e propriamente della solonica sulle leggi dell XII tavole, e basterebbe l'autorità di costoro, che al certo doveano saperne più di noi del carattere del diritto romano antico, per indurci a risolvere in senso affermativo la superiore questione. Ma la critica storica, che non si resta al principio di autorità e rifugge dal dogmatismo dottrinale ha voluto investigare, se davvero l'influenza greca vi fosse stata ed in quali limiti.

Hoffmann, se non ci inganniamo, è lo scrittore che nei tempi moderni ha ammesso un'influenza molto estesa del diritto ellenico sulla compilazione delle XII tavole. Egli adduce due ordini di prove per sostenere la sua tesi, l'uno di prove *esterne*, l'altro di prove *interne*.

In quanto alle prime egli dice, che i passi di Livio, Dionisio, Cicerone, ecc. che narrano dell'invio dell'ambasceria e ci fanno cenno della somiglianza di alcune disposizioni delle leggi delle XII tavole colle leggi soloniche sono le prove estrinseche che mettono fuori dubbio l'influenza greca; afferma però, che non solo le leggi di Solone, ma anco le leggi di altre città greche e della Magna Grecia abbiano avuto influenza sul diritto decemvirale. Più importanti sono le prove intime, le quali possono ridursi alle seguenti: 1° nelle XII tavole è riconosciuta l'assoluta libertà di testare (*uti legassit super familia....*) ed anco in Atene erano in uso i testamenti: 2° Gaio dice, che l'*actio finium regundorum* è imitata dalle leggi soloniche: 3° concordanza delle disposizioni delle XII tavole e del diritto attico sul furto e specialmente sul furto com-

messo in tempo di notte e sul divieto della usucapione delle *res furtivae*; 4° le disposizioni sulla sepoltura dei defunti, come attesta lo stesso Cicerone, furono tratte dalle leggi soloniane; 5° i mutamenti introdotti nel calendario dai decemviri derivano dalle istituzioni della Grecia; 6° il principio, che sebbene non fatta la consegna della cosa comprata il rischio passa al compratore appena concluso il contratto, principio stabilito nelle XII tavole, e l'altro che, sebbene la consegna abbia avuto luogo, la proprietà non passa al compratore fino al pagamento del prezzo, non armonizzano col sistema della compra e vendita presso i romani, ed il secondo è stato comune a parecchie città della Grecia.

Come vedesi, l'Hoffmann crede ad una estesa influenza della legislazione greca sulle legislazione decemvirale, nè è da meravigliarsi, dice egli, che i Romani si servissero della esperienza d'un popolo più antico e colto in ciò che si riferisce ai precetti di polizia e ad una gran parte del diritto patrimoniale.

Le prove addotte dall'illustre scrittore tedesco ci sembra che abbiano una certa solidità, perchè, si dica quel che si voglia, la somiglianza di alcune disposizioni decemvirali colle leggi greche è innegabile. Il Padelletti ha cercato distruggere alcune di quelle prove per concludere, che i punti della legislazione decemvirale imitati da Solone riguardano prescrizioni di procedura e di ordine pubblico, ma a noi sembra che parecchie delle osservazioni da lui fatte non siano che arzigogoli. Il Padelletti crede, che l'influenza ellenica si riduca a punti insignificanti e non tocchi quella parte del diritto privato, nella quale i Romani si dimostrarono originali. Osserva egli infatti contro la prima prova sopra citata dell'Hoffmann, che la successione testamentaria non fu ignota nell'antico diritto

romano; contro la seconda, che non è tolto il dubbio che presso i Romani esistesse lo stesso modo di procedere, e che Gaio usa paragonare il diritto romano al provinciale; contro la terza, che in popoli diversi si possono trovare analogie di leggi ed istituzioni senza esserci stata alcuna comunicazione; contro la quarta, che le disposizioni, di cui parla Cicerone, contengono regole di polizia sacerdotale e non concernono il diritto nazionale; contro la quinta, che quei due principî potevano essere comuni alla legislazione decemvirale ed alla ellenica (1).

Noi crediamo, che basti solamente volgere lo sguardo a queste osservazioni del Padelletti per accorgersi, che esse non hanno valore alcuno. Ed è per questo che noi ci siamo contentati di accennarle. Diciamo solo, che sebbene non possa negarsi la somiglianza accidentale di alcune leggi e istituzioni sociali presso popoli diversi, pure il Padelletti non dà una dimostrazione per provare l'accidentalità della somiglianza. Osserviamo anzi, che trattandosi del popolo greco e romano, la somiglianza di alcune leggi od istituzioni potrebbe farsi risalire all'epoca, in cui i greci ed i popoli italici vissero vita comune; ma anco studiando questo diritto primitivo comune a quei popoli, non ci sembra, che si trovi elemento di prova serio, che possa attenuare la forza delle ragioni sopra cennate dell'Hoffmann e che il Padelletti vorrebbe abbattere col ricorrere all'accidentale somiglianza.

Ma non mancano scrittori, come già abbiamo detto, che negano ogni qualsiasi influenza della legislazione greca sulle XII tavole e giungono fino a proclamare una favola l'invio della legazione, di cui fanno parola antichi storici? Noi già abbiamo osservato, che il Vico si sforza di

(1) PADELLETTI, *Archivio giuridico*.

dimostrare che la legislazione decemvirale conteneva disposizioni e principi giuridici già prevalenti nel passato in Roma, e senza somiglianza colle leggi greche, e dalla differenza delle due legislazioni indusse che l'ambasciata non avea avuto luogo. Il Vannucci sostiene, che le leggi delle XII tavole non contengono che le consuetudini giuridiche dei popoli italici e non abbiano relazione collo spirito della legislazione ellenica. Ed anco giuristi conven-gono in tali idee. Piaceci qui ricordare il Bruns ed il Bovio (1).

Scriva il primo, che nella legislazione decemvirale si manifesta il genio giuridico dei romani, tanto per la perfezione del lavoro, che concerne ogni parte del diritto, quanto per il carattere obbiettivo ed eminentemente pratico delle speciali disposizioni, e per l'evidenza e l'acume del pensiero e della forma. Scriva il secondo: «l'arte della legge, propria dello spirito romano, si annunzia sin dalle dodici tavole, ed i primi ed i secondi decemviri furono artisti. Coloro che anche in queste dodici tavole vollero vedere Atene, ed una legazione uscita romana e tornata attica, ed Ermedoro esule d'Efeso primo glossatore, dietro le dodici tavole la statua d'Ermodoro, furono confutati da Vico, e la confutazione fu di quelle che non ammettono replica. Non solo nella essenza delle dodici tavole c'è lo spirito originario di Roma, ma c'è il getto del pensiero nella forma. Le XII tavole in greco sunnano come la Iliade in latino; chi sotto la forma indigena non sente il pensiero esotico è sordo ad ogni risposta di Cirra. Le dodici tavole come forma svelano il genio di Roma, mira-

(1) BRUNS, *Frontes jur, romani*; BOVIO, *Sommario della storia del diritto in Italia*.

bile nelle concezione ed espressione della legge, mirabile per quella equazione in che dimora l'arte di una qualunque disciplina; come fine, svelano un'altra equazione, che è tutto il disegno di un popolo giuridico: *summīs infimisque jura aequare*; come origine, svelano la prima equità nella notizia del diritto, la *promulgatio*, che accenna al transito dal *summum jus all'æquum bonum* in un popolo che ha congenito il sentimento del diritto.»

E l'illustre pensatore osservando la evidenza e la brevità delle espressioni adoperate in quelle leggi, e la rapidità del comando (*es, si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito* — e l'altra; *rem ubi pagunt, orato* ecc.) trova più forte ragione per dimostrare la originalità del pensiero giuridico che informa la legislazione decemvirale.

Belle sono le osservazioni del Bovio, ma esse non hanno la virtù di togliere fede all'autorità di quegli storici che ci danno notizia dell'invio dell'ambasceria, di mostrare la insussistenza della pretesa influenza delle leggi greche sulla decemvirale.

A dire il vero, a noi sembra che si esageri, quando si vuole escludere qualsiasi influenza della legislazione ellenica sulle XII tavole, perocchè sono evidenti alcuni punti di somiglianza fra quelle legislazioni. Il Padelletti stesso che ha tentato combattere l'Haffmann è costretto a riconoscere che alcune disposizioni, sebbene poche, sembrano essere state imitate dalla legislazione solonica e ricorda: la legge sui funerali (Cie. de leg. II, 25), la legge sui collegia (Dig. XLVII, 22, 4), la legge sui confini (Dig. X, 1, 13), ed osserva, che la compage del primitivo diritto romano era ancor troppo forte, rozza e singolare per ammettere facilmente influenze straniere. Noi crediamo, che oltre i punti di imitazione accennati dall'illustre romanista altri ve ne siano, indicati già dall'Hoffmann, e

che non bisogna tener in nessun conto la disposizione riguardante la pena del *taglione*, per la quale non è strano lo ammettere anco la influenza della filosofia pitagorica o di alcune istituzioni della Magna Grecia sullo svolgimento della vita del diritto romano.

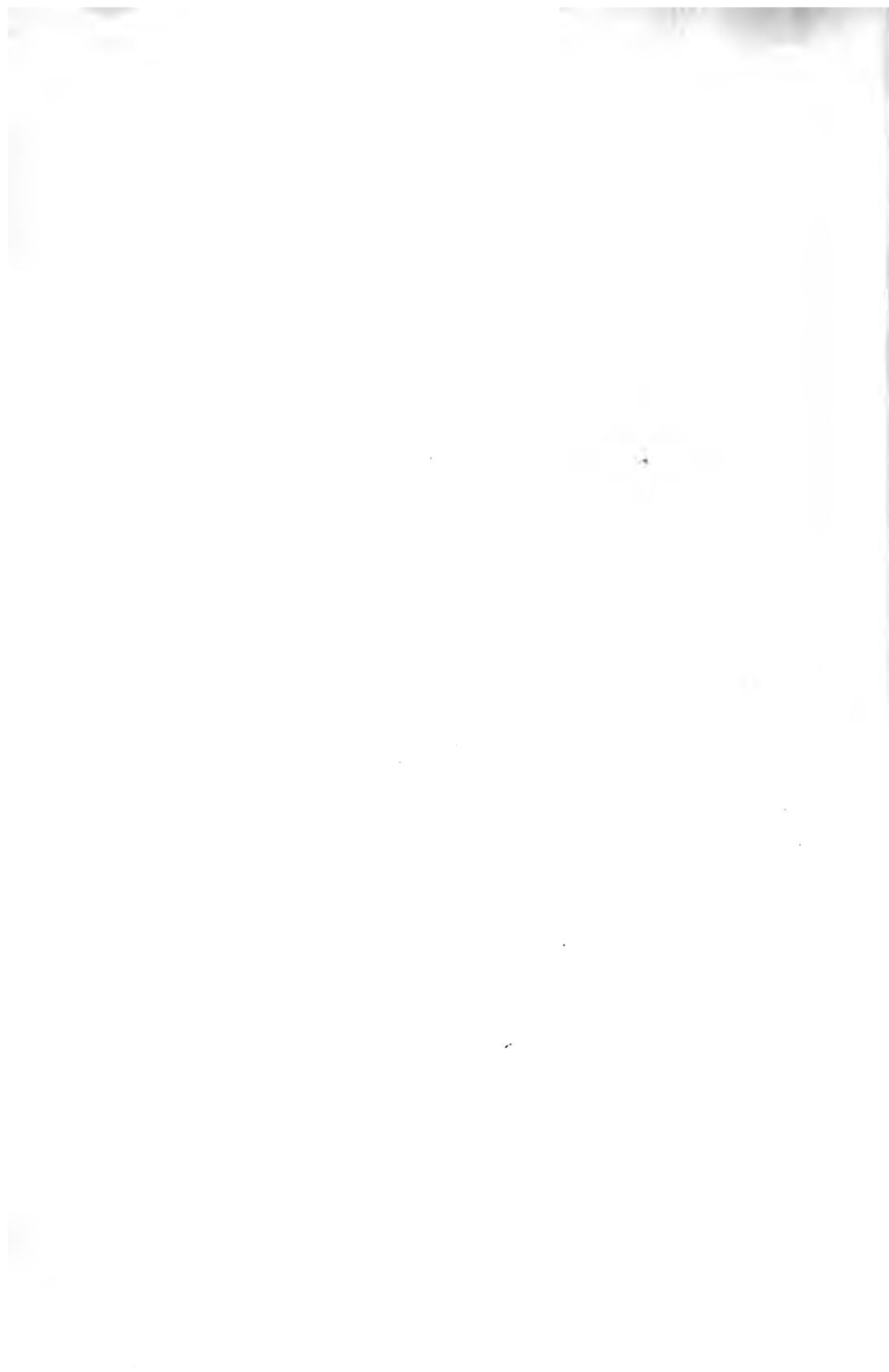
Ma forse per questa influenza del diritto straniero sul decemvirale quest'ultimo perde la sua importanza? Viene meno il giudizio dato da Cicerone, che quel diritto sia di gran lunga superiore alle leggi della Grecia?

No, resterà fermo questo passo, in cui egli mostra la superiorità del sentimento e dell'arte giuridica del popolo romano: «*percipietis etiam illam ex cognitione juris lætitiæ et voluptatem, quod, quantum præstiterint nostri majores prudentia cæteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo, Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile, præter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum: de quo multa soleo in sermonibus quotidianis dicere, quum hominum nostrorum prudentiam ceteris hominibus et maxime Græcis, antepono*». Resterà inconcusso che i decemviri abbiano avuto conoscenza della legislazione greca e della Magna Grecia, che abbiano saputo giovare di alcune idee giuridiche di quei popoli, che armonizzarono coi costumi e col sentimento giuridico del popolo romano, e trasfonderle in modo ammirevole nella legislazione da essi compilata. E ci assiste in questa opinione l'autorità dello stesso Cicerone, quando disse in altro luogo; «*meum semper judicium fuit, omnia nostros aut invenisse per se sapientius quam Græcos, aut accepta ab illis precipue meliora, quæ quidem digna statuissent, in quibus elaborarent.*»

Ci sembra, adunque, che studiando con animo scevro da passione l'ambiente storico romano nei tempi anteriori

e contemporanei alla legazione, le relazioni che Roma avea con gli altri popoli, tenendo d'occhio le notizie dategli da antichi scrittori, le somiglianze che secondo alcuni di loro si trovano fra la legislazione decemvirale e le leggi elleniche, ed il carattere del popolo romano, si possa dire col Vannucci che le dodici tavoli raccolsero il diritto naturale e le consuetudini dei primi popoli italici; col Bovio, che nella essenza delle dodici tavole c'è lo spirito originario di Roma, ed il getto del pensiero nella forma; ma bisogna soggiungere con una numerosa ed insigne schiera di pensatori, che nella legislazione decemvirale si scorge l'influsso della legislazione ellenica. Roma senza perdere nulla dell'originalità del suo carattere seppe assimilare fin dalla sua origine gli elementi di civiltà di quei popoli, coi quali entrò in relazione. Chi conosce a fondo la vita intima del popolo romano non può sconoscere questo fatto, che si rivela ad evidenza dai fatti principali della storia di quel popolo, nè deve quindi meravigliarsi, se fervendo la lotta fra patrizi e plebei una legazione fosse stata mandata in Grecia ad osservare le leggi e le istituzioni sociali di popoli ritenuti eminentemente civili, e leggi greche fossero state incorporate e fuse nella legislazione decemvirale.





INDICE

DEDICA	Pag. 5
PREFAZIONE	» 7

I.

Lo studio della storia del diritto romano

SOMMARIO — Determinazione del vero concetto della storia del diritto romano — Importanza di essa — Rapporti che essa ha con altre scienze — Periodi della storia del diritto romano	» 8
---	-----

II.

La storia del diritto romano secondo la dottrina dell'evoluzione

APPUNTI

SOMMARIO — Considerazioni preliminari — I poteri del padre di famiglia (<i>patria potestas, manus, dominium</i>) — Le consuetudini giuridiche ed il diritto — Il fatto ed il diritto — Il possesso — Obbligazioni, contratti (<i>mancipatio, mancipatio cum fiducia, sponsio, stipulatio, nexum, expensilatio</i> , contratti reali e consensuali) — Procedimento esecutivo — Plebei e peregrini quali potenti fattori di trasformazione giuridica — Religione e diritto	» 33
---	------

I. — I POTERI DEL PADRE DI FAMIGLIA	Pag. 44
II. — LE CONSUETUDINI GIURIDICHE ED IL DIRITTO	» 56
III. — IL FATTO ED IL DIRITTO	» 62
IV. — IL POSSESSO	» 65
V. — OBBLIGAZIONI-CONTRATTI	» 73
VI. — DELL' ESECUZIONE	» 92
VII. — PLEBEI E PEREGRINI QUALI FATTORI POTENTI DI TRASFOR- MAZIONE DEL DIRITTO ROMANO	» 106
VIII. — RELIGIONE E DIRITTO	» 113

III.

Il diritto penale nei tempi preistorici di Roma

SOMMARIO — Breve introduzione — La reazione istantanea — La vendetta individuale e la vendetta di sangue — La espiazione religiosa — La composizione — I duelli giudiziari — I giudizi degli dei — Confronto fra la legislazione penale dei romani e quella dei popoli Germani » 121

IV.

Roma e le sue relazioni coi popoli vicini dalle origini fino alle XII tavole*

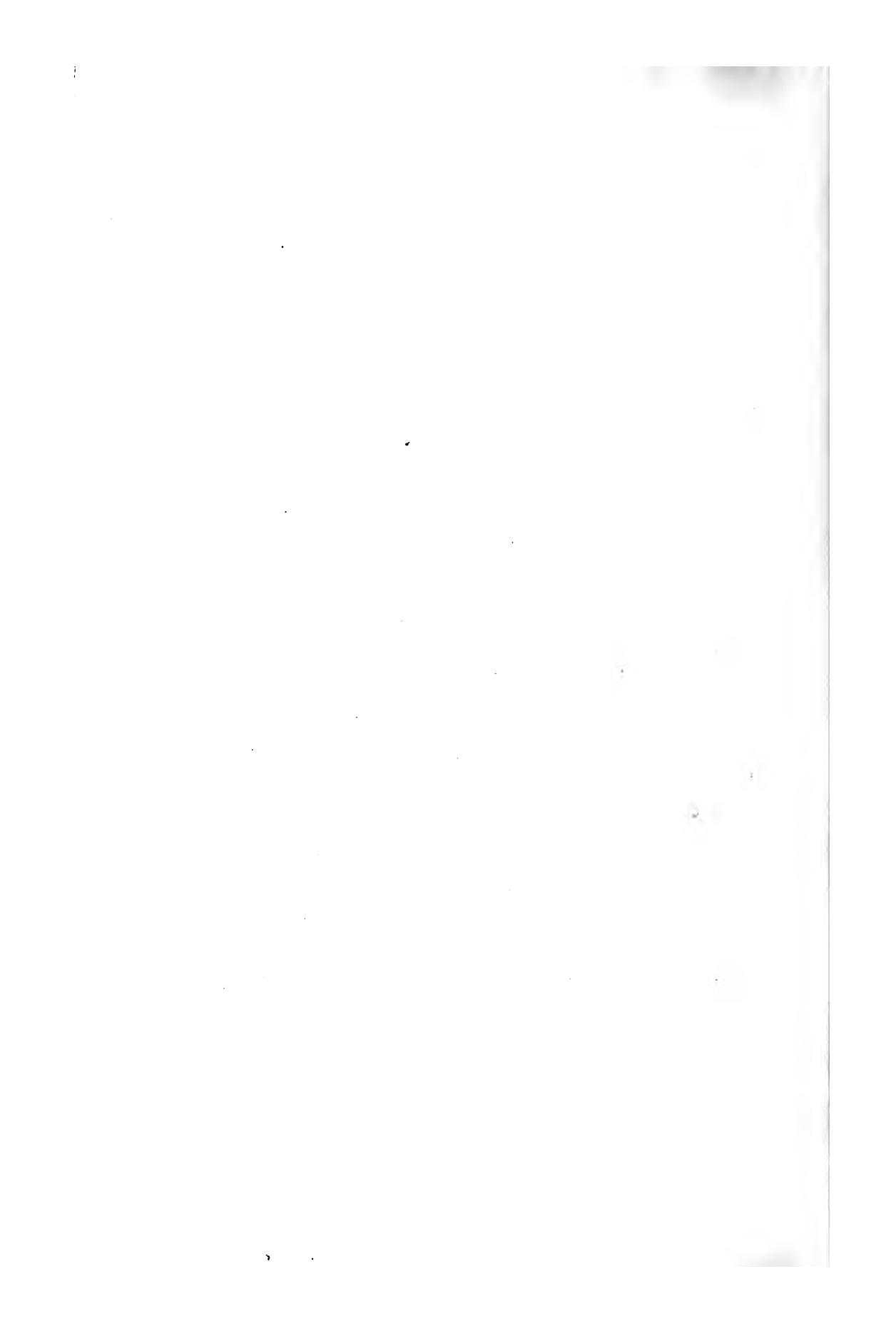
SOMMARIO — Le stirpi italo-greche — Le genti italiche — I greci in Italia e la Magna Grecia — Origine di Roma — Relazioni tra Romani ed Etruschi, tra Etruschi e Greci, tra popoli della Magna Grecia e della Grecia — Legislazioni e costituzioni politiche della Grecia e della Magna Grecia — Confronto fra queste e la costituzione politica di Roma — La filosofia pitagorica.

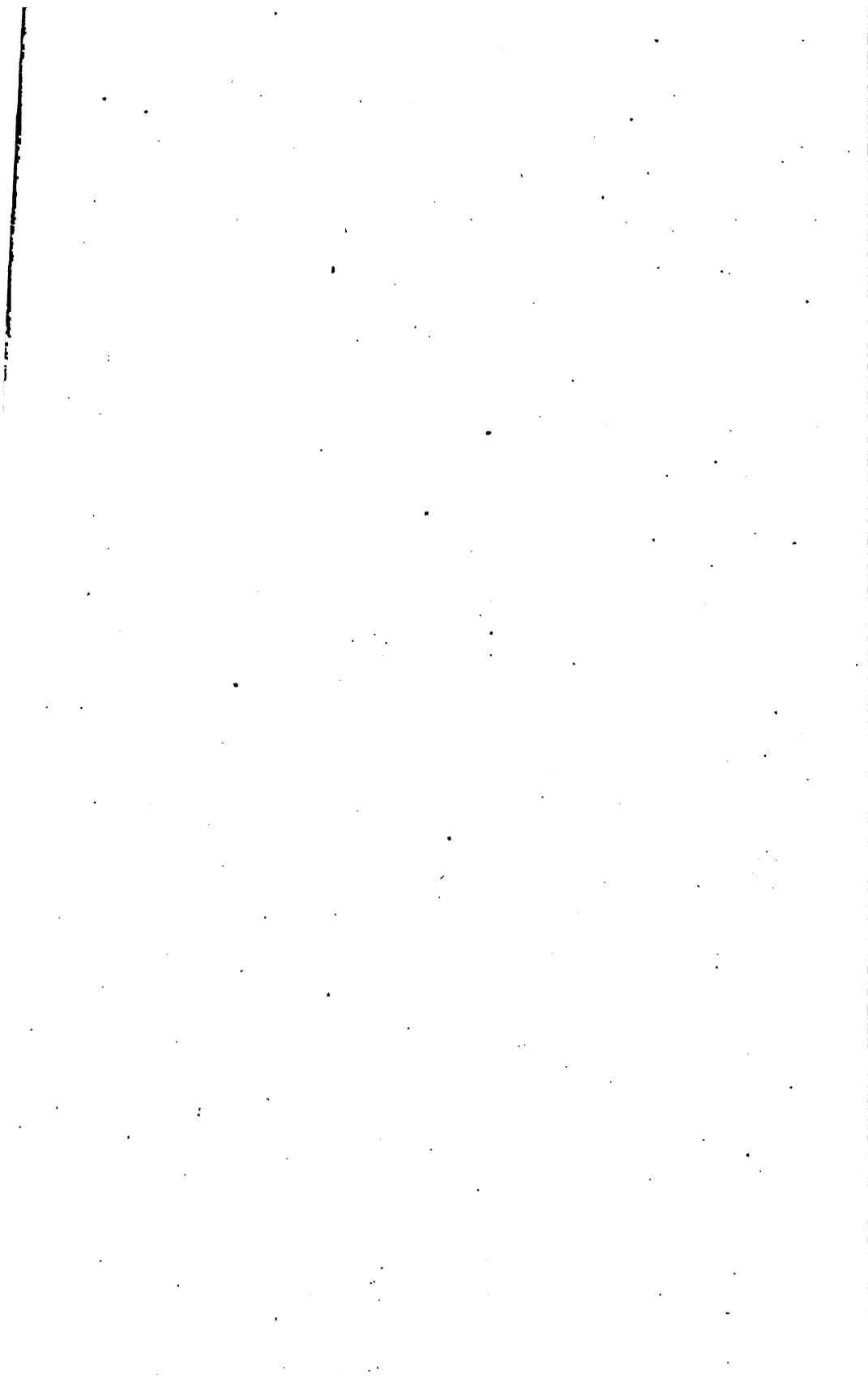
V.

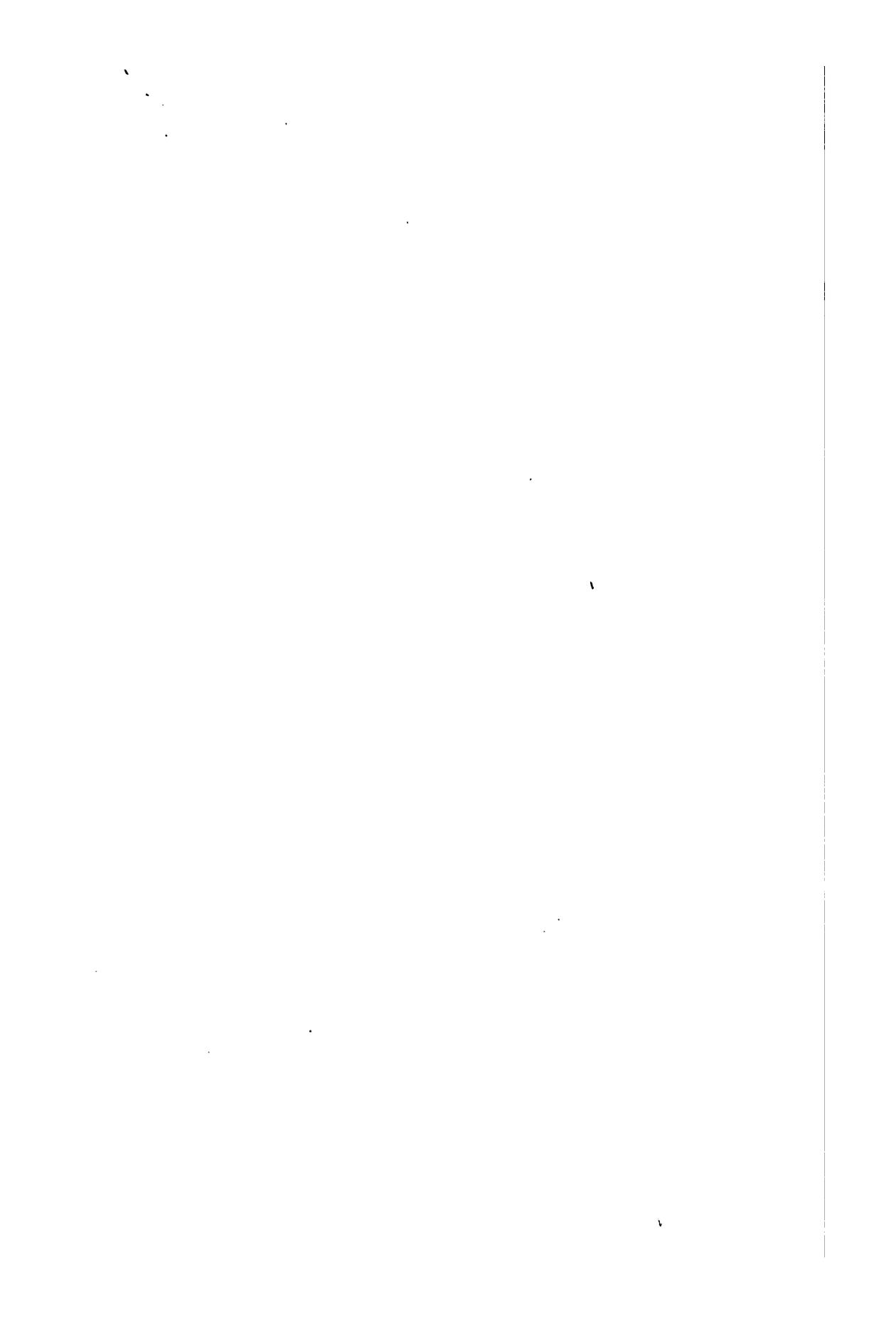
Le XII tavole

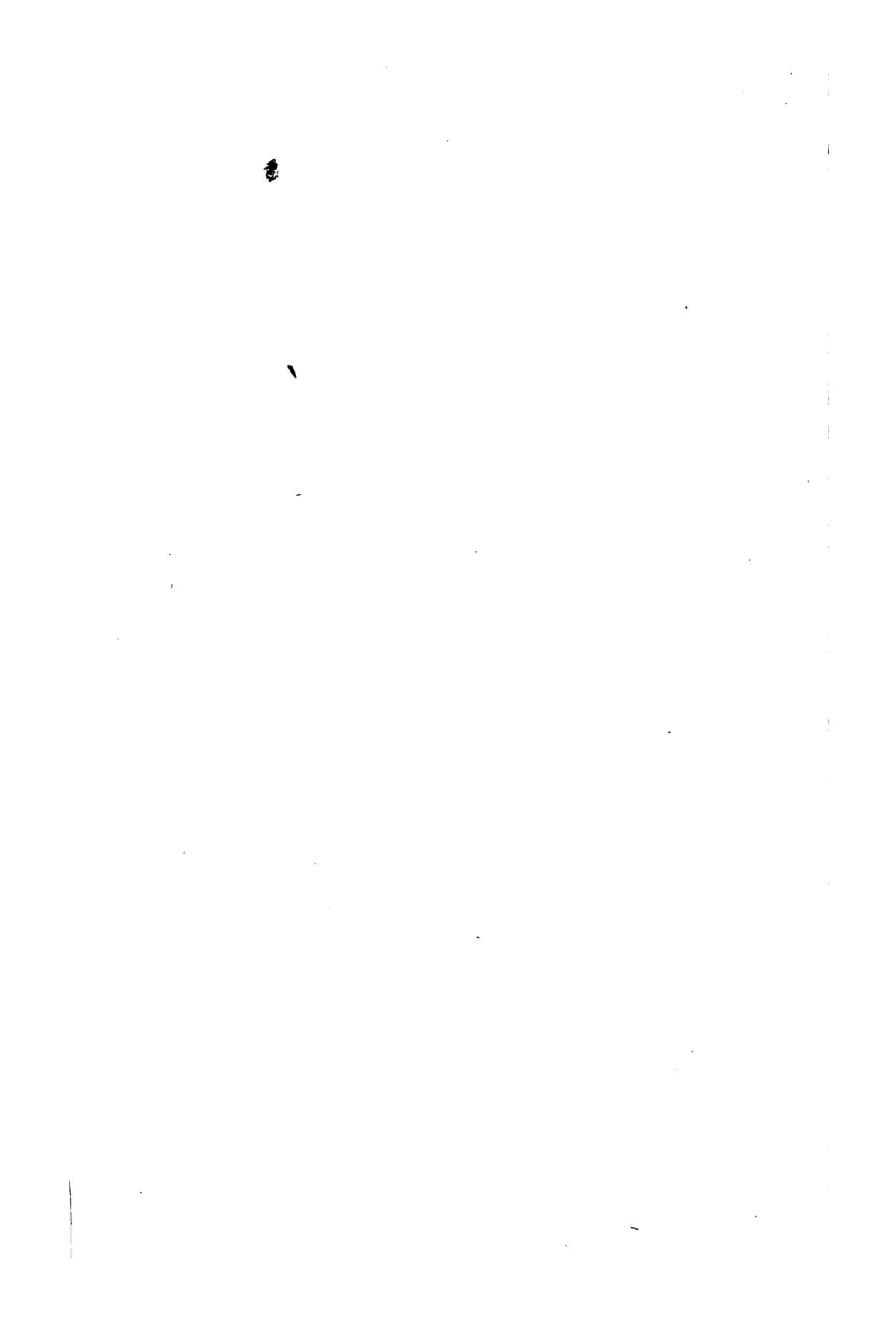
SOMMARIO — Relazioni di Roma coi popoli vicini — La narrazione dell'ambasceria — Le idee del Vico intorno ad essa — Opinioni di altri scrittori — Le idee del Lattes e del Chiappelli — Esame critico di tutte queste idee — Della influenza della legislazione greca sulla legislazione decemvirale — Esame critico delle principali dottrine intorno ad essa — Conclusione.

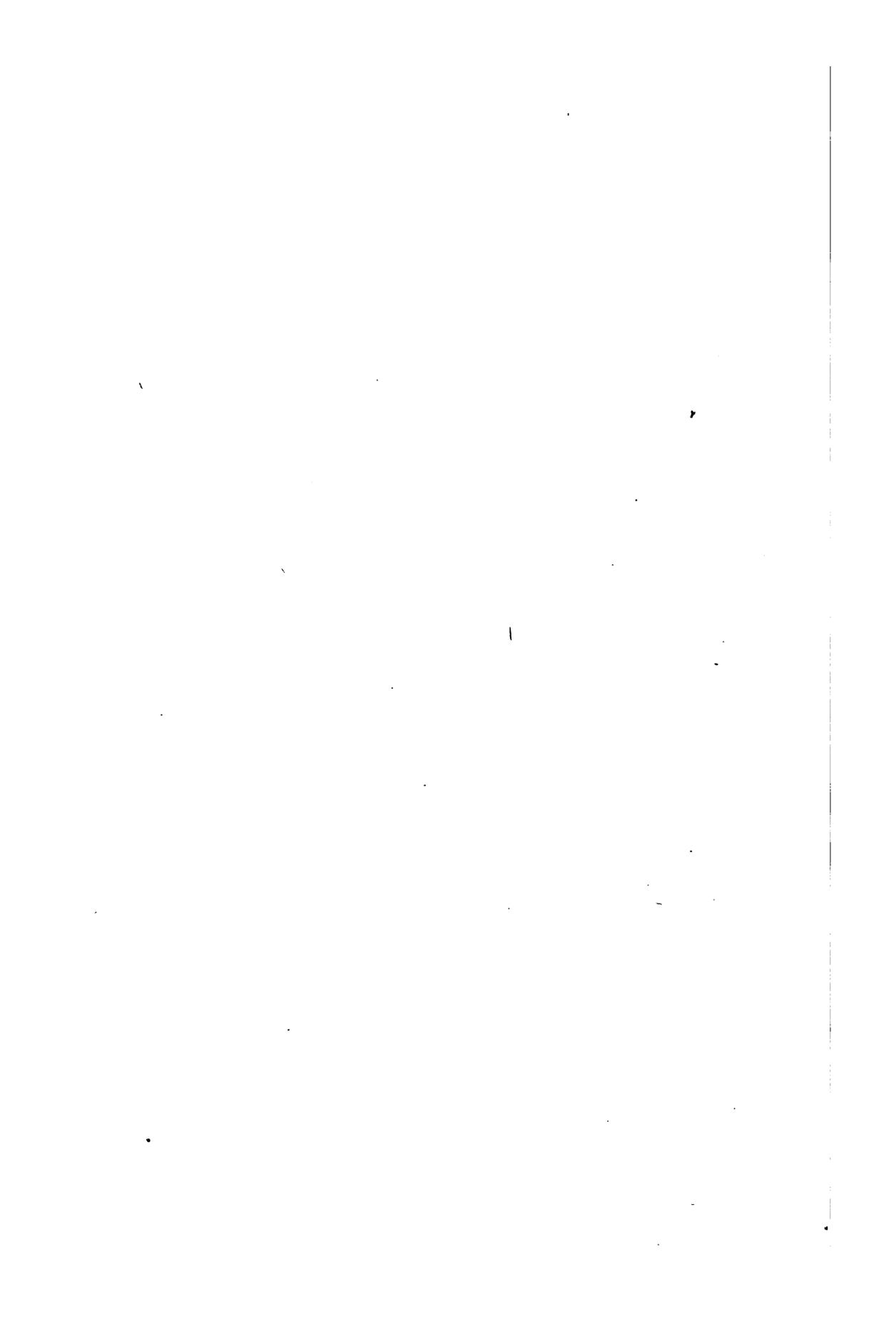
Et. S. S.
— 5/11/207











1950-1951



1950-1951

